

LA NOCIÓN DE AUTORIDAD EN LA LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA PENAL

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—*El concepto de autoridad.—La definición legal de autoridad.—La concepción de autoridad en la jurisprudencia penal: el criterio metodológico.—La dinámica de la noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal.*—CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico, en cualquier tiempo y lugar, ha de resolver satisfactoriamente una cuestión que queda relativamente clara en el plano de la filosofía de la cultura, en general, y de las reglas de conducta socio-cultural que arraigan en cada entorno histórico: el de dar un valor propiamente jurídico a categorías de poder y supremacía que quedan encerradas, tradicionalmente, en expresiones como las de *auctoritas*, *impérium*, etc.

Como recordara FREYER, es la propia comunidad —siempre que remontemos el vocablo a la significación que le diera F. TOENNIES— la que reconoce por sí sola esa *auctoritas* y ese *impérium* en aquellos de sus miembros que mejor encarnan y expresan los valores comunitarios; y de ahí que el mando gravite sobre el consentimiento, reduciendo al mínimo la dosis de coacción.

Cuando de la comunidad se pasa a la sociedad —respetando el esquema del citado sociólogo alemán—, la construcción de la autoridad precisa de un diseño y una legitimación específicamente jurídicas, y, desde luego, la traducción legal de la autoridad, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva se ha alejado ya, a veces en demasía, del contenido primitivo de *auctoritas* que debiera alojar en su seno. Consecuentemente, el problema se torna conflictivo y ha de buscarse un respaldo y apoyo continuos para quienes sean o ejerzan autoridad.

Lo que ocurre es que el Derecho positivo es —y hoy se reconoce con toda claridad— un conjunto de normas dictadas desde concepciones no siempre demasiado depuradas, aunque circulen y se manejen con una significación que, en el entorno y circunstancia en que se pronuncian, resulten diáfanas. De este modo, aquí y allá aparecen conceptos clave que, sin embargo, aún no han alcanzado la cultura jurídica, el nivel de perspectiva bastante —quizá no lo logre nunca—

para su definición adecuada; más aún, hay que preguntarse muchas veces si esa definición será útil, dado que la sociedad en que vive el concepto tiene aprehendida la intuición sustancial de su significado y las expresiones singulares del mismo que en cada caso se utilizan. Este razonamiento puede aplicarse, desde luego, al concepto de autoridad.

El Derecho positivo se refiere al mismo para aludir a determinadas posiciones de superioridad de unos sobre otros, tanto en las relaciones jurídico-privadas—la autoridad paterna—, como de carácter público; en una y otra rama, parece dar por sobrentendido que los destinatarios de la norma poseen una noción bastante, y de ahí que el legislador estime innecesaria definición alguna.

Sin embargo, en lo que atañe al Derecho público esa noción elemental, esa intuición del ciudadano, no es bastante, y menos aún cuando en cada una de sus ramas la perspectiva es distinta.

Estudiar en el marco de la cultura jurídica occidental, surgida del postulado de la igualdad jurídica, los mecanismos a través de los cuales los ciudadanos asumen cualidades jurídico-públicas con la consiguiente facultad de vincular obligatoriamente las conductas de los particulares aun de forma coactiva, es una de las tareas más apasionantes y arduas que puedan presentarse al investigador del Derecho público.

Para el Derecho administrativo, el tema se circunscribe al estudio de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad, que se reducen a lo que se ha venido a llamar el privilegio de autotutela.

El problema no queda ahí, en cuanto que esos privilegios son ejercidos a la postre por personas físicas titulares de órganos administrativos, razón por la que fue necesario crear un cauce legal mediante el cual se establecía el cómo, cuándo y para qué del ejercicio legítimo de estas funciones. Se trata, en definitiva, del llamado Derecho de la Función Pública por el que el principio de legalidad embrida las conductas de los funcionarios.

Pero las funciones públicas, en ocasiones, se desarrollan a través de personas que se conocen como «autoridad o agentes de la misma», que en la mayoría de los supuestos implican una compulsión o amenaza de compulsión sobre las personas, llegando incluso a situaciones de riesgo para su integridad física o para su vida, bien social este último que no puede claudicar ante el interés social o el bien común salvo en casos perfectamente deslindados, tasados y extraordinariamente restringidos.

Paradójicamente, el «status» de autoridad pública en sus diversas manifestaciones (administrativa, judicial, legislativa, etc.), no ha recibido del legislador ni de la doctrina una atención parecida a la de la cualidad funcionarial, y es paradójico, porque la función de autoridad es más enérgica y restrictiva para los derechos individuales más trascendentes.

Es cierto que en el fondo de esta cuestión laten consideraciones de naturaleza política, pero también lo es que el jurista debe resistirse a que la «razón política» pueda ser «leitmotiv» que cuartee el Estado de Derecho y otorgue un pase de curso a los últimos detentadores del poder.

La función de autoridad surge en nuestra época codificadora de la mano de la Constitución de Cádiz, vinculándose al Monarca y en el marco funcional de la cláusula de orden público y en el concepto abstracto de la seguridad exterior del Estado.

De este techo constitucional, las diversas ramas jurídico-públicas fueron concretando por vía de legalidad ordinaria el aspecto de esta noción que más convenía al sector de intereses sociales que cada una debía proteger jurídicamente.

Tras un desarrollo inicialmente paralelo, en el que cabía hablar de una especie de comunicabilidad entre las diversas disciplinas jurídicas para configurar conjuntamente la cualidad jurídico-pública de autoridad, hoy puede decirse que ocurre lo contrario. Las razones de esta situación son diversas; la conversión en sistemas jurídicos de las primitivas disciplinas lleva consigo el que cada una de ellas pretenda desvincularse de nociones importadas de otros sistemas jurídico-públicos, la diversidad de fines perseguidos por cada sector de la legislación, etc.

En el sistema jurídico-penal, la finalidad protectora del principio de autoridad (delitos de atentado, desacato, etc.) y la de evitar las consecuencias para los particulares del ejercicio abusivo de esa función, hicieron sentir la imperiosa necesidad de definir la noción de autoridad para la tipificación de delitos en los que aparezca como sujeto activo o pasivo la persona que ostente tal cualidad.

En el sistema jurídico-administrativo, el tema se plantea desde otras coordenadas; en unos casos se trataba de configurar sedes jerárquicas que ejerzan funciones directivas o de liderazgo en la Administración para lo que la cualidad de autoridad ofrecía un matiz diferenciador, en otros supuestos se trataría de justificar mediante la idea abstracta de autoridad, una serie de acciones de poder administrativo limitadoras de derechos individuales, y también se ha utilizado para estructurar un sistema de control de conflictos jurisdiccionales entre las diversas autoridades que ejercen las funciones del Estado, etc.

El resultado de esta divergencia es que la noción de autoridad se convierte en un concepto jurídico indeterminado, aumentando así la inseguridad jurídica en un aspecto crucial para la pervivencia de un Estado de Derecho.

En medio de esta versatilidad de la noción de autoridad, que no es exclusiva de nuestro Ordenamiento Jurídico, sólo cabe intentar la configuración como categoría jurídica de esta cualidad jurídico-pública. Para ello y teniendo en cuenta que ha sido la jurisprudencia penal

quien más se ha esforzado en perfilar de manera pragmática un concepto tan genérico, sólo cabe seguir la evolución que en ella se ha producido desde la primera tentativa de configuración jurídico-positiva en los primeros Códigos penales hasta nuestros días, teniendo muy presente la obra de T. VIEHWEG sobre Tópica y Jurisprudencia.

Se trataría de comprobar si los tópicos jurídicos han podido configurar una noción de autoridad que sea válida al menos para evitar que en la esfera penal, la indeterminación conceptual disloque el sistema de los delitos y penas.

Que luego esta concepción pueda ser aceptada por las otras ramas del Derecho público es algo deseable pero no previsible.

El concepto de autoridad

El término *auctóritas* en el entorno histórico y cultural romano donde surge hace referencia a: poder, potestad, jurisdicción, seguridad, junto a otros significados de menor relevancia para nuestro análisis.

A su vez, caben diversas acepciones del término *auctóritas*: *auctóritas pátrum* como autoridad dada por el Senado, ratificación por la asamblea senatorial de la ley votada por los comicios y adhesión del Senado al proyecto de Ley presentado por un magistrado.

Su procedencia es del término *áuctor*, autor, actor, predecesor en una relación o titularidad jurídica, quien presta su concurso en un acto o negocio jurídico de una persona no plenamente capaz; aquel por cuya autoridad, consejo o instancia se realiza alguna cosa (1).

En el lenguaje jurídico romano se usaba para designar el acto de creación (*auctóritas prudéntium*; creadores del derecho), y en sentido derivado significa garantía para alguien, de los actos de los demás, es decir, aprobación; intervención en el acto de creación del derecho para dar estabilidad a la ley por parte de personas que tenían preeminencia sobre las que realizan el acto jurídico para convertirlo en acto perfecto. También se usaba para indicar el valor que debía atribuir a los pronunciamientos de los jueces, para afirmar la eficacia de la jurisprudencia sobre un determinado aspecto del derecho (2).

En nuestros días, aparte de otras acepciones, la principal es la que alude a la existencia de entes públicos constituidos para manifestar una voluntad con poder de coerción hacia personas que les están subordinadas. También se llama autoridad al individuo físico, titular del órgano que aparece revestido de potestad, de imperio.

(1) *Diccionario de Derecho romano*. Faustino GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMARIO. Reus, Sociedad Anónima, p. 73.

(2) *Novissimo Digesto Italiano*, VTET, Antonio AZARA y Ernesto EULA, pp. 1563 y siguientes.

De otra parte, en sentido negativo no reciben el carácter de autoridad aquellos órganos internos que preparan el trabajo (los expedientes) a otros órganos encargados de manifestar la voluntad del ente público.

Por tanto, el concepto de autoridad se predica de aquellos órganos de entes públicos del Estado o menores, y se entiende que alude a quienes en ellos ejercen la jefatura o dirección, lo que no impide que también se hable de autoridad religiosa o autoridad extranjera.

Una distinción básica se produce entre autoridad administrativa y gubernativa (3). La expresión Autoridad administrativa puede usarse en diversos sentidos, de los cuales uno indica el conjunto de entes, órganos, funcionarios y corporaciones a los que se les encomienda el ejercicio de modo prevalente de la función administrativa (administración pública en sentido subjetivo) y el otro se refiere a la misma función de administración (administración en sentido objetivo).

Por autoridad gubernativa se entiende aquella que se ocupa de la Administración del Estado en contraposición a la que atiende a la administración pública de los entes públicos diferentes al Estado (se dice así que el ministro, el gobernador civil, el delegado de Hacienda, son autoridades gubernativas, mientras al presidente de la Diputación y al alcalde sólo se les nombre como autoridades (o autoridad local)).

Para hablar de autoridad gubernativa o administrativa con precisión sería determinar previamente las respectivas nociones de gobierno y administración, problema constante en nuestra ciencia y tarea ardua que excede de la intención de este análisis.

La autoridad gubernativa reside en nuestro ordenamiento jurídico y, según la Constitución, en el Gobierno, quien entre otros cometidos dirige la Administración civil y militar con sus agentes desconcentrados sobre el territorio del Estado.

Más difícil resulta por esta vía conceptual delimitar lo que sea autoridad administrativa. De lo expuesto se desprende que autoridad administrativa lo es tanto el órgano de un ente público con poder de coerción como el individuo físico titular de ese órgano que aparece revestido de potestad de impérium.

G. CAPOGRASSI (4) se pregunta cómo y por qué la autoridad tiene fuerza de obligar a los hombres. Para este autor el pensamiento ha buscado afanosamente el título jurídico que la autoridad tiene para hacerse obedecer. El tema excede de un planteamiento ius-naturalista en cuanto la potestad de impérium en un Estado de Derecho no surge sino de la Ley, que habilita al órgano o persona que ejerce autoridad para actuar como tal.

(3) *Ob. cit.*, p. 1566.

(4) Giuseppe CAPOGRASSI: *Opere*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 212.

M. D'Addio (5) manifiesta cómo la autoridad se expresa en una multiplicidad de formas, individual, familiar y central. La autoridad central ocupa un lugar preeminente en el proceso de unificación del mundo social. Ahora bien, la autoridad no se identifica con la organización del Estado, y en este sentido el Estado no es otra cosa que un instrumento para realizar los fines propios de la autoridad. Para CAPOGRASSI (6) el Estado surge de la autoridad y hacia ella tiende. La distinción entre Estado y autoridad está para el citado autor en que el Estado como organización y como actividad no es un fin en sí mismo, sino que lo encuentra fuera de sí en la autoridad, a cuyo valor y regla debe someter su inmediatez social.

Las dificultades para determinar el contenido de la palabra autoridad aumentan en la medida en que el concepto es objeto de especulación filosófica. Por ello, no es éste el camino para delimitar jurídicamente lo que sea autoridad, sino que habrá de acudir a la legislación, doctrina y jurisprudencia administrativa y penal para que el concepto deje de ser algo evanescente y se convierta en categoría jurídica.

La importancia de una determinación precisa de la cualidad jurídica de «autoridad» en nuestro sistema jurídico administrativo se deduce de una serie de reflexiones. En primer lugar, la perspectiva orgánica y formal en nuestro ordenamiento jurídico hace que el carácter jurídico público de los actos dependa de la naturaleza de los órganos que los emiten. De otra parte, el «status» de autoridad implica la posibilidad de emitir decisiones ejecutorias utilizando en su caso procedimientos coactivos. Asimismo y desde la perspectiva de garantía del administrado, los recursos administrativos se definen y clasifican desde una perspectiva orgánica en la que juega un papel esencial el concepto autoridad.

Las dificultades de este estudio son paralelas a su importancia; la imprecisión terminológica se acentúa porque ante la proliferación de organismos privados que colaboran en la Administración, algunos componentes del status «autoridad» van a quedar en manos de personas privadas. La interferencia de diversas ramas del Derecho público exige que el tema se analice desde una perspectiva interdisciplinar. Finalmente, por la falta de una definición legal válida en todo el Derecho público se ha llegado a que cada ordenamiento sectorial defina a sus propios efectos y con un criterio de mera utilidad el concepto de autoridad, por lo que estas concepciones resultan fuera del entorno jurídico donde surgen controvertidas, críticas parciales y, a veces, excluyentes.

(5) Mario D'Addio, en «Stato e autorità nel primo Capograssi», en *Aspetti e tendenze del Diritto Costituzionale. Scritti in onore di Constantino Mortati*. Giuffrè editore. Università di Roma, p. 449.

(6) *Op. cit.*, p. 273.

La definición legal de autoridad

La ausencia de una definición jurídico-administrativa de lo que se entiende por autoridad ha originado un alto grado de equivocidad conceptual en el manejo del término por el legislador.

Los intentos de depuración de los criterios que la ley utiliza pueden ser válidos para un acotamiento del tema, pero desde luego no aportan una solución al problema. Algún autor entre nosotros deduce del estudio de la LRJAE y LPA que solamente tienen carácter de autoridad aquellos órganos a los que el ordenamiento jurídico atribuye una competencia de carácter resolutorio y que «es la facultad de resolver y no en el carácter político de la función donde reside la clave de la distinción» (7).

Sin embargo, la existencia de un sistema de recursos administrativos anula la validez definitiva del criterio, porque las resoluciones de autoridades definidas como tales por el ordenamiento jurídico-administrativo se pueden revisar por superiores jerárquicos, con lo cual se produce un desplazamiento de la facultad resolutoria cada vez que se recurre y, por tanto, sólo serían autoridades, según este criterio, quienes al resolver causaran estado o dictaran actos administrativos firmes. La cuestión podía complicarse aún más porque la existencia de un sistema de impugnación jurisdiccional de los actos administrativos y, por tanto, de las resoluciones de las autoridades administrativas, desplazarán de nuevo las facultades resolutorias a la autoridad judicial en su más alta instancia, con lo cual ésta sería la única autoridad si se mantiene el criterio que se critica.

Para otro autor (8) el concepto de autoridad aparece configurado «típicamente» en el artículo 119 del Código Penal, pero reconoce el carácter confuso del concepto. Confusión que aumenta cuando se intenta definir la autoridad por el criterio del orden jerárquico de la norma que hace el nombramiento, porque el nombramiento por Decreto no es índice seguro de que estemos ante una autoridad, ya que se precisa que además el cargo sea de naturaleza política.

En el ámbito de la doctrina jurídico-penal el concepto de autoridad es asimismo nebuloso; FERRER SAMA señala que «decir que será reputado autoridad a los efectos penales el que por sí solo o como miembro de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia es, en realidad, decir muy poco, pues tal definición de autoridad nos lleva a la necesidad de determinar qué se entiende por mando y qué se entiende por jurisdicción propia» (9).

(7) Pedro DE MIGUEL GARCÍA, en «El concepto de autoridad en nuestro ordenamiento jurídico», en *Estudios en homenaje al profesor López Rodó*. Universidad de Santiago, Universidad Complutense, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1972, t. I, p. 408.

(8) FRANCISCO SANABRIA MARTÍN, en *Autoridades y funcionarios*, «Revista de Documentación Administrativa» núm. 100, p. 440.

(9) Antonio FERRER SAMA: *Comentarios al Código Penal*, t. II, p. 428.

COBO DEL ROSAL añade que es difícil encontrar una nota diferenciadora que tajantemente separe el concepto de autoridad del de funcionario, e indica que «ambos coinciden en muchas ocasiones y van implícitos». Sin embargo, en las páginas que siguen aparece alguna sentencia en la que se niega el carácter de autoridad a efectos penales a funcionarios que incluso se consideran autoridad a efectos administrativos (inspectores de Trabajo).

De otra parte, considerar el poder de coacción como nota diferenciadora entre autoridad y funcionario no soluciona el problema, porque el poder de coacción pertenece con carácter genérico a la Administración Pública, concretándose en la llamada ejecutoriedad, siempre que la Administración aparezca habilitada legalmente para aplicar tal poder (10).

Se deduce, pues, la necesidad de dar un valor relativo a las declaraciones legales y atender prioritariamente a la delimitación jurisprudencial que la Justicia Penal ha hecho del concepto de autoridad.

*La concepción de autoridad en la jurisprudencia penal:
el criterio metodológico*

El término autoridad y agente de autoridad viene siendo incluido en los Códigos penales para tipificar delitos o faltas contra ellos, o realizados por personas constituidas en autoridad. Tal ocurre con los delitos de Rebelión y Sedición, y en general de los delitos contra la seguridad interior, así como de los atentados y desacatos contra la autoridad, sus agentes y los delitos de resistencia y desobediencia. Asimismo en las figuras de estupro, usurpación de funciones y calidad, cumplimiento del deber y en las faltas contra el orden público. J. LALINDE ABADÍA señala que en «el período de la codificación se tipifican delitos... realizados contra la autoridad y sus agentes, dándose incluso una definición de éstos a efectos penales, cuando todavía no se ha dado en las disposiciones específicas del Derecho Administrativo» (11).

Una importante Sentencia de 22 de diciembre de 1970 establece las razones y el sentido de que el Código Penal se ocupe en su articulado de las autoridades:

«Para mantenerse la paz y el orden público, dentro de toda sociedad organizada, es indispensable proteger a las autoridades y sus agentes cuando ejerciten lícita y jurídicamente su función, por medio del poder coercitivo de supremacía e imperio, que mantienen *erga súbditos*,

(10) Manuel COBO DEL ROSAL: *Examen crítico del párrafo 3 del artículo 119 del Código Penal español*. Separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Instituto Editorial Reus. Madrid, 1962, pp. 34 y 35.

(11) Jesús LALINDE ABADÍA, en *Los medios personales de gestión de poder público en la Historia española*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1970, p. 178.

y por eso el Código Penal, entre otros de sus artículos, 231, 236 y 237 tipifica como delito de atentado, resistencia y desobediencia, y en el 570, número 6, como falta de esta última condición, las conductas de los ciudadanos, que de manera más o menos diversa y amplia en lo material o ideal, menosprecien el principio de autoridad que aquéllos encarnan o representan, por actuar con intención de ofensa devalorativa, que es el elemento subjetivo del injusto preciso a tales infracciones, y que supone, en definitiva, en unión de la acción objetiva, la rotura de la subordinación y acatamiento debido al ejercicio jurídico y lícito del poder, amparado penalmente. Esa protección a la autoridad y sus agentes, en sentido inverso, exige a su vez, como presupuesto condicionante, en pro del buen orden público, y en evitación del imperio de la arbitrariedad y la anarquía, que al actuar aquéllos ejerciendo poder coercitivo lo hagan cumpliendo los deberes que su función le impone, y de manera adecuada, idónea y hasta necesaria en relación a los medios que emplean, a cuyo fin es relevante el conocimiento y acatamiento de sus atribuciones reglamentarias; pero no pierden su carácter, ni se deja de cometer delito de atentado o desobediencia contra ellos, como en añeja doctrina ha venido estableciendo esta Sala, cuando al ejercitar su función, cometan meras extralimitaciones, excesos o hagan livianamente mal uso de sus atribuciones, *pero que le privan o despojan de él, las agresiones ilícitas contra los derechos de los particulares, con uso de la fuerza o violencia innecesarias, sin causa legítima que las justifique, pues en este último supuesto, y sólo en él, desafueran*, y entonces la fuerza o resistencia empleada contra los mismos no es legítima, pues la grave extralimitación autoritaria constituye una violencia injustificada contra el ciudadano, permitiendo a éste la reacción inmediata o sin solución de continuidad y proporcionada en su legítima defensa.»

De la lectura de esta importante Sentencia se deduce la importancia que la noción de Autoridad tiene en el campo penal, por las potestades coactivas que ostenta quien la ejerce y la difícil delimitación entre un ejercicio legítimo o ilegítimo y las consecuencias que acarrea la extralimitación «liviana» o ilícita contra los derechos de los particulares.

A su vez, otra Sentencia penal de 26 de octubre de 1979 señala el camino para averiguar el sentido que debe darse a la noción de autoridad a efectos penales:

«Que a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos incompletos o en blanco, para llenar los cuales es preciso acudir a conceptos o definiciones contenidas en otras ramas del Derecho, para integrar el delito de atentado previsto en los artículos 231, 232 y 236 del Código Penal, no es preciso salir del ámbito del propio Código Penal, ya que en su artículo 119 contiene una clara, expresa y terminante definición de lo que ha de entenderse por autoridad y por funcionario público a efectos penales, por ello aun cuando una persona se halle investida de la condición de Autoridad, a otros efectos, por venir así dispuesto en normas pertenecientes a una de las diferentes disciplinas de las que integran el ordenamiento jurídico, no puede atribuirse tal condición, a efectos penales, si no la tiene conforme a lo preceptuado en el mentado artículo 119 del Código Penal, que, como todo precepto de esta naturaleza, no puede ser objeto de interpretación extensiva ni analógica.»

En el mismo sentido insiste la sentencia de 9 de mayo de 1977 cuando señala que:

«La doctrina jurisprudencial ha declarado que para hallar el concepto de Autoridad se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal...»

Se deduce de estas importantes sentencias que el método a seguir para el desarrollo de esta investigación viene ya impuesto por el criterio jurisprudencial citado, y a él nos atendremos.

La dinámica de la noción de Autoridad en la legislación y jurisprudencia penal

Con anterioridad a la época codificadora existen en nuestro país textos legales en los que se establece una protección penal para determinados cargos públicos (12).

Así en la Ley 10, título 20 del Ordenamiento de Alcalá, y bajo el epígrafe. «Pena de los que matan, hieren ó prenden a los del Consejo ó a los Alcaldes de la Corte, Adelantados ó Merinos mayores», se dice:

«La cosa que mas puede embargar el Consejo del Rey, y los juicios de los juzgadores, es el temor y el recelo, quando lo han de algunas personas, porque temen de no aconsejar al Rey bien lo que deben, y los Juzgadores dexan de hacer justicia: y porque los del nuestro

(12) Nos remitimos al trabajo de E. OCTAVIO DE TOLEDO: *La prevaricación del funcionario público*. Civitas, Madrid, 1980, pp. 151-160.

Consejo y Alcaldes de la nuestra Corte, y el nuestro Alguacil mayor; y el nuestro Adelantado de la frontera del reyno de Murcia, y de los Merinos mayores de Castilla y de León y del Andalucía deben estar libres y sin recelo desto, y ser mas guardada la honra de ellos, por la fianza que en ellos tenemos, porque tienen en nuestro lugar la justicia; defendemos que ninguno no sea osado de matar, ni herir ni prender a qualquier de los sobredichos; y qualquier que lo matare, que sea por elló alevoso, y lo maten por la justicia, y pierda la mitad de lo que hobiere; pero si qualquier de los Oficiales sobredichos cometiere pelea, *no usando de su oficio*, que haya la pena que mandan los Derechos, según fuere el yerro.»

En parecidos términos y en la Ley II, tit. 20 del mismo Ordenamiento de Alcalá se habla de: «Pena de los que matan, hieren ó prenden a los Alcaldes y Alguaciles mayores, y otros Ministros Tenientes de los Superiores»; en la Ley 12, tit. 20, de «Pena de los que hicieren ayuntamientos contra los Ministros contenidos en las dos precedentes leyes»; en la Ley, 13, tit. 20, de «Pena de los que acometieren para herir, matar ó deshonnar a los Oficiales contenidos en las anteriores leyes»; y en la Ley 14, tit. 20, se habla de las «Penas por ir contra los Jueces y Justicias de los pueblos».

En una Real Orden de Carlos III de 28 de junio de 1784 se habla de desacato contra las Justicia (13).

El término autoridad no aparece, pues, en esta normativa preconstitucional.

La Constitución de 1812 se refiere en el capítulo I del título IV a la inviolabilidad del Rey y de su autoridad, y el artículo 170 dice:

«La potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su *autoridad* se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.»

Se enmarca el ejercicio de la autoridad real en la Constitución y la ley, habilitando por superley al monarca para ejercer su autoridad dentro de la cláusula de orden público en términos generales, y para velar por la seguridad exterior del Estado.

Orden público y seguridad exterior del Estado se convierten, pues, en el fin del ejercicio de la función de autoridad real, que conecta con el propio concepto de soberanía; la autoridad del Rey es en la Constitución de Cádiz una función sometida a la ley para mantener

(13) *Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Mandada formar por el Señor Don Carlos IV. Tomo V, pp. 334 y ss. Impresa en Madrid, año de 1805.

el orden público y la seguridad exterior imprescindible para la existencia de un Estado soberano. La autoridad real es una potestad función que la Constitución concede al Rey para mantener los dos componentes básicos del concepto de soberanía.

A nivel de ley ordinaria es el Código Penal de 1822 el que recoge en diversos artículos el término de autoridad; así el artículo 321 se refiere a ... «alguna ley, acto de justicia, reglamento y otra providencia de la autoridad pública»..., de lo que se deduce que el carácter de autoridad lo ostentan órganos de los tres poderes del Estado.

El artículo 326 de este Código establece una amplia enumeración de autoridades:

«El que con designio de matar a algún Diputado de Cortes, Secretario de Estado y del Despacho, Consejero de Estado, Magistrado ó juez, Gefe político o alcalde, General en gefe ó de división, Capitán ó Comandante general de provincia, ó Gobernador militar, Prelado eclesiástico, ordinario, individuo de Diputación provincial ó de Ayuntamiento, ó *cualquier otro funcionario que ejerza jurisdicción y autoridad pública, civil, militar o eclesiástica*, le acometiere ó hiciere alguna otra tentativa contra la vida de cualquiera de estas personas *cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razón de su ministerio*, sufrirá por solo este atentado, aunque no llegue a herir ni a consumir el delito principal, la pena de cuatro a ocho años de presidio u obras públicas y perderá además los empleos, sueldos y honores que obtuviere. El que en igual caso cometiere igual atentado contra otro cualquiera funcionario público, sufrirá por este solo hecho una reclusión de uno a cinco años.»

El artículo que se cita comienza utilizando una cláusula especial de enumeración de autoridades para luego emplear una cláusula general que deberá ser constatada en vía jurisdiccional. De otra parte se produce *ope legis* una minoración de la pena cuando el atentado se cometa contra funcionario, lo que implica graduación de pena según se tenga la cualidad de autoridad o sólo la de funcionario.

También se habla de «ejercicio de funciones» o «por razón de su ministerio», lo que se exige una constatación en vía procesal deducida de los hechos y fundamentos de derecho. Es decir, el concepto de autoridad no puede ser configurado por el legislador de forma estática, sólo cabe considerar a algunos cargos como autoridad; es, por tanto, en el aspecto dinámico, en el actuar, donde se configuran jurisprudencialmente quienes sean autoridad, porque cabe la posibilidad de que las personas que legalmente sean autoridad no lo sean luego en la instancia jurisdiccional.

Se trata, pues, de una presunción *iuris tantum*. Presunción que se confirma con dos elementos: uno, fácilmente constatable, se refiere a la habilitación o legitimidad para ostentar la cualidad jurídico-pública de autoridad, o hay tal habilitación o no la hay.

... El problema está en el aspecto dinámico, en la actuación de las funciones de autoridad, en saber si la autoridad actúa o no «por razón de su ministerio» o en «ejercicio de sus funciones».

De aquí la importancia de un concepto legal de autoridad, pues a pesar de que tal cualidad sea una presunción, la imperatividad y fuerza ejecutoria de los actos de autoridad enmarcados en la mayoría de las veces en la cláusula general de orden público, pueden causar perjuicios de difícil o imposible reparación, cuando a resultas de la decisión judicial el sujeto activo de la función de autoridad no resultara investigado de tal *status* jurídico-público.

Sin embargo, los Códigos Penales no tipifican el concepto de autoridad a efectos penales hasta 1870. Hasta entonces el legislador se limita a tipificar delitos o faltas contra la autoridad o de la autoridad. En el Código Penal de 1848, artículo 174.2 se habla indistintamente de cualquier autoridad civil o eclesiástica, y en el 182 se añade al término autoridad el calificativo de «legítima»; lo que implica que puede haber autoridades ilegítimas o que sólo tengan la apariencia de tales. En el artículo 198 se habla de «hallarse constituido en autoridad»...

El Código Penal de 1850, en su artículo 192, que tipifica el desacato contra autoridades, especifica luego que éstos son: los cuerpos colegisladores (colectivamente); los senadores y diputados, los ministros de la Corona y *las otras autoridades en el ejercicio de sus cargos*, así como los superiores jerárquicos con ocasión de sus funciones. Con lo cual se pasa de una cláusula especial a otra general que desvirtúa por indeterminada la intención clasificatoria.

El Código Penal de 1870, en su artículo 260, se refiere a «Autoridades de nombramiento directo del gobierno» y a «los que no fueren de nombramiento directo del gobierno», siendo este último un atenuante para la pena a aplicar cuando no hubieren resistido a la rebelión o sedición por todos los medios que estuvieren a su alcance. Se deduce, pues, el mayor grado de responsabilidad penal para los cargos de Autoridad que implican la confianza directa del Gobierno. El mismo Código Penal de 1870 encabeza el capítulo IV con el título de «Los atentados contra la autoridad y sus agentes», lo que va a exigir de la jurisprudencia una labor delimitadora de quienes son Autoridad o agentes de ella. Así se consideran *autoridades* (sentencias de 24 de junio y 14 de julio de 1886, 27 de diciembre de 1877, 16 de noviembre de 1889), los alcaldes, fiscales y catedráticos, y *no lo son* los secretarios de juzgado municipal (sentencia de 20 de diciembre de 1878). Son *autoridades*: los concejales (sentencia de 30 de enero de 1890), los magistrados (sentencia de 18 de diciembre de 1889 y 2 de octubre de 1900), los jueces municipales (sentencias de 20 de noviem-

bre de 1872, 21 de marzo de 1873, 17 de noviembre de 1874, 23 de diciembre de 1885 y 10 de junio de 1903), los príncipes extranjeros (sentencia de 21 de febrero de 1890), los delegados de Hacienda (sentencias de 13 de marzo de 1884 y 16 de enero de 1901), los obispos católicos (sentencias de 22 de octubre de 1885 y 19 de mayo de 1899) y los provisos eclesiásticos (sentencia de 6 de julio de 1889). Se consideran *agentes de la autoridad*: los guardas particulares jurados (sentencias de 29 de mayo de 1879, 14 de enero de 1887, 11 de abril de 1889 y 29 de enero de 1910), los cabos furrieles (sentencia de 12 de enero de 1872), los celadores de los establecimientos penales (sentencia de 11 de junio de 1889), el arrendatario de impuestos de consumos, en los actos que se refieran estricta y determinadamente a la realización de dicho impuesto (sentencia de 9 de diciembre de 1891), los dependientes de consumos, salvo el caso en que no hayan prestado juramento y no lleven en los actos de servicio el distintivo de su cargo (sentencia de 18 de noviembre de 1872, 6 de mayo de 1874, 7 de octubre de 1887, 12 de febrero de 1889, 2 de abril de 1890, 5 de marzo de 1897 y 13 de octubre de 1910), el comisionado ejecutor de apremios (sentencia de 26 de marzo de 1873), los empleados de ferrocarriles, cuando se trata tan sólo de operaciones y servicios que se relacionan con la conservación y policía de las vías férreas y de los andenes y con la tracción y movimiento de los trenes (sentencias de 8 de abril de 1884 y 4 de enero de 1887), los guardias de orden público y municipales (sentencias de 12 de noviembre de 1879, 7 de enero de 1880 y 17 de noviembre de 1881), los barrenderos (sentencia de 6 de junio de 1879), los serenos (sentencias de 30 de mayo de 1881, 19 de noviembre de 1883 y 7 de noviembre de 1898), los alcaides (sentencia de 21 de octubre de 1887), jefes de cárceles (sentencias de 20 de noviembre de 1885 y 9 de junio de 1910), los alguaciles municipales (sentencias de 26 de enero y 22 de mayo de 1892) y los peones conservadores del Canal de Isabel II (sentencia de 7 de mayo de 1893). *No son agentes* para la jurisdicción penal: los guardias de consumos, cuando no se hallan cumpliendo actos del servicio (sentencias de 19 de enero de 1899 y 24 de febrero de 1902) o no han prestado juramento (sentencia de 2 de abril de 1890), los guardas jurados cuando no estén en el ejercicio de sus funciones (sentencia de 16 de marzo de 1897), los abogados (sentencia de 6 de noviembre de 1883), los que prestan un servicio por consejo de la autoridad, no por orden de ésta (sentencia de 12 de marzo de 1874) y los guardas rurales que no han jurado (sentencia de 5 de mayo de 1905).

El mismo Código Penal en su artículo 277 establece el concepto de autoridad:

«Para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes, se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación

o Tribunal ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también Autoridades los funcionarios del ministerio fiscal.»

Se deduce de esta definición: 1.º Que la calidad de Autoridad no surge sólo por pertenecer a alguna corporación (sería preciso distinguir entre miembro simple o cualificado por ejercer funciones directivas o representativas de la misma), sino que puede ostentarse con carácter individual, y 2.º Que ha de ejercerse jurisdicción propia. El aspecto subjetivo no plantea mayores problemas que el acto de atribución del *status* de Autoridad (por ley, por norma reglamentaria o por acto administrativo). El problema surge de la utilización del término jurisdicción para definir el aspecto funcional que caracteriza la cualidad de autoridad. En puridad de doctrina y en el marco de un Estado estructurado, conforme al principio de división de poderes y funciones, sólo ejerce jurisdicción el poder judicial; por tanto, el término autoridad sólo se predicaría de los órganos de este Poder. Pero esta interpretación no puede aceptarse en el marco del Código Penal de 1870 porque el mismo considera autoridad a los Ministros de la Corona; por tanto, también pueden ser autoridad para el legislador penal los órganos del poder ejecutivo y hay también autoridades de nombramiento directo del Gobierno y autoridades que no son de nombramiento directo del Gobierno (art. 260), con lo que se puede ser autoridad por otras vías que el nombramiento directo, como, por ejemplo: ostentar cargos que lleven implícito la consideración de autoridad o ser representante de una colectividad sobre la que luego se ejercen funciones rectoras o directivas. Por tanto, el concepto de jurisdicción está tan difuminado y es tan relativo que no sirve para definir lo que sea autoridad.

Para POSADA DE HERRERA el término de jurisdicción significa:

... «la facultad de conocer y decidir de asuntos determinados»: «De manera que en la voz jurisdicción entran precisamente dos ideas: el conocimiento del asunto de que se trata y la facultad de resolverle. La jurisdicción se divide generalmente en distintas clases: Jurisdicción propia, jurisdicción delegada y jurisdicción prorrogada. En realidad, sólo ejerce jurisdicción propia el Rey. Todos los demás poderes ejercen una jurisdicción delegada. Ya hemos visto ayer que el Rey tenía precisión de delegar sus facultades judiciales, así como podía ejercer por sí o influir al menos, respecto de las administrativas. Pero aunque esta significación de jurisdicción propia, en su acepción genuina, debe sólo aplicarse al Rey, que es el único que tiene jurisdicción por Derecho propio, sin embargo, en el uso común se

dice que tienen jurisdicción propia todos los que la tienen por mandato expreso de la ley; de modo que diremos, en adelante, que los jueces y las autoridades administrativas ejercen dentro del círculo de sus atribuciones una jurisdicción que les es propia» (14).

Quizá sea ésta la interpretación más acorde con la que el legislador penal establece en el Código Penal de 1870, pues se considera que tanto las autoridades judiciales como las administrativas ejercen jurisdicción.

Sin embargo, y pese a esta interpretación ecléctica de POSADA, una de las mayores dificultades que existen entre los administrativistas que mantienen una concepción objetiva está en delimitar claramente la función administrativa y la jurisdiccional. Se trata de una auténtica *crux iuris* porque no existen más que criterios incompletos, ya que no alumbran ninguna solución en zonas grises. El dudoso carácter procesal de la llamada jurisdicción voluntaria, la existencia de los llamados Tribunales Administrativos y de Jurisdicciones Especiales exigen un profundo análisis tanto de la construcción técnica del proceso como de criterios tales como la independencia judicial, la rapidez y seguridad mayor o menor en el procedimiento administrativo o en el proceso, la teoría de la cosa juzgada, etc.

En definitiva, utilizar un concepto tan poco claro como es el de jurisdicción para definir, a su vez, el concepto de autoridad no es un acierto del legislador de 1870.

Por ello será necesario, una vez más, acudir a la jurisprudencia para intentar perfilar mejor el concepto: Sentencia de 8 de enero de 1877:

«La ley, que protege justamente a los agentes de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones, no hace extensiva su protección a los que no las tienen perfectamente confiadas a las que desempeñan excediéndose de las atribuciones propias de sus cargos.

Se condiciona, pues, la protección penal a que exista habilitación para ejercer funciones de autoridad y que la inserción en el *status* de autoridad no se haga con defectos que desvirtúen la cadena normativa de nombramiento, así como que no se produzca desviación o abuso de poder en dicho ejercicio.

Sin embargo, otras sentencias, de 7 de febrero de 1879 y 4 de enero de 1927, establecen que:

«La autoridad no pierde su carácter aunque haga mal uso de sus atribuciones o cometa alguna extralimitación.»

(14) A. POSADA DE HERRERA, en *Lecciones de Administración*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1978, p. 75.

Otra sentencia, de 2 de julio de 1909, establece:

«El *simple exceso* en que incurra la Autoridad al cumplir los deberes de su cargo, cuando aquél no aparezca revestido de los caracteres de *agresión ilegítima*, no le despoja de su carácter oficial y público para los delitos que se cometan contra el principio de Autoridad.»

En esta sentencia se gradúa el exceso en que puede incurrir la Autoridad, considerando como motivo para despojarla de tal carácter la agresión ilegítima, es decir, la agresión realizada sin título jurídico que habilite para ello. Se alude de nuevo al tema del ejercicio de la potestad y a su habilitación. En el mismo sentido insiste la de 5 de octubre de 1879 cuando establece que:

«Nadie obra en cumplimiento de un deber sino dentro de la Ley.»

Otra de 17 de abril de 1888 determina que:

«La circunstancia de obrar en el *ejercicio legítimo* de un derecho exime de responsabilidad y pena, y no pueden ser comprendidos en esta idemnidad los actos justiciables que *con exceso y sin motivo* se cometan al ejercitarlo.»

Se alude, pues, al tema de la desviación del poder de forma insistente: Sentencia de 4 de diciembre de 1902:

«Los agentes de la Autoridad deben proceder siempre con circunspección y prudencia, y no obran en cumplimiento de su deber, ni *en ejercicio de su cargo*, cuando hacen uso de las armas propias de su instituto más por un acto de venganza que por la necesidad de represión o defensa.»

En el mismo sentido la sentencia de 13 de julio de 1904:

«El ejercicio de funciones públicas no puede considerarse como disculpa a los excesos en que el agente de la Autoridad incurra.»

También la de 21 de enero de 1915:

«No lo constituye (eximente) el hecho de hallarse investido el culpable de un determinado carácter, y en el ejercicio de funciones encomendadas por la ley, sino el de que la acción perseguida como punible sea reali-

zada para cumplir legítimamente su deber, pues en otro caso dicho carácter y ejercicio de funciones podría llegar a *constituir un abuso* de éstas, que en ciertas ocasiones agravaría la responsabilidad criminal del autor del hecho punible.»

En otra sentencia, de 14 de junio de 1919, se establecen los criterios para que actúe el eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de su derecho, oficio o cargo; dice así la sentencia:

«La exención de responsabilidad fundada en las disposiciones de los números 4 u 11 del artículo 8.º del Código Penal, aparte de la incompatibilidad que entre ellas existe por su distinta naturaleza, origen y accidentes de ejecución para ser aplicadas a un individuo en el mismo instante en que el hecho se realiza y en el que *debe ser fijada de precisa manera la condición personal del agente y el móvil del acto* que ejecuta requieren siempre como circunstancia primordial, base obligada para el particular como para el que obra en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo de su derecho, oficio o cargo, una *agresión proporcionada* o situación amenazadora de peligro *que requiera de una manera absoluta el empleo de la fuerza tanto para defender la integridad personal como los intereses que el agente encargado de su custodia y defensa le estuviera a este efecto encomendado*, que sólo así puede estimarse que obra en cumplimiento de su deber.»

Por tanto, la protección penal al ejercicio de funciones exige:
 1.º) que se fije la condición personal del agente y el móvil del acto, y
 2.º) que la agresión, además de legítima, sea proporcionada. Requisito este último que sólo podrá constatarse en el propio proceso como establece la sentencia de 14 de diciembre de 1908:

«Si bien es cierto que la creencia del ejercicio legítimo de un derecho puede excluir de toda culpa, es indispensable que tal creencia se halle seriamente *fundada y demostrada mediante afirmaciones de hecho estampadas en la sentencia con las que pueda discernirse, a ser posible, la legitimidad del derecho en todo caso, cuando menos, la racionalidad y el fundamento de la creencia, valorando así los elementos subjetivos del delito por un método lógico que permita afirmar sobre supuestos de hecho la excepción a la regla general contenida en el artículo 1.º del Código Penal.*»

La Jurisprudencia penal va perfilando el método para determinar a sus efectos los requisitos subjetivos y objetivos de la cualidad de autoridad y el ejercicio legítimo de las funciones de autoridad que coacten o lesionen los derechos del particular.

Una serie de sentencias (7 de noviembre de 1895, 23 de febrero de 1900, 19 de junio de 1905, 17 de marzo de 1920, 25 de abril y 20 de octubre de 1927) sientan doctrina respecto al ejercicio de la fuerza por la autoridad fijando criterios y modulando su proporcionalidad:

«El ejercicio de la autoridad no permite a sus agentes hacer *uso de la fuerza* más que en los *casos extremos* de verse acometidos o atropellados, obrando entonces en *defensa propia*, o *cuando ello fuese absolutamente indispensable*, por *no disponer de ningún otro medio* a su alcance, para hacerse respetar y obedecer, ya que en cualesquiera otros supuestos, el empleo de la violencia no viene comprendido en términos generales del cumplimiento del deber, puesto que *las leyes y reglamentos ponen en sus manos otras medidas para mantener siempre firme el prestigio de la autoridad* y la disciplina del cargo que ostentan.»

El uso de la fuerza por los agentes de la autoridad está sujeto, según esta doctrina, a los siguientes requisitos: 1.º) en casos extremos, cuando son acometidos o atropellados, 2.º) cuando no dispongan de otros medios para hacerse respetar y obedecer. En los demás supuestos el ordenamiento otorga otros medios coactivos, a los que se habrá de acudir prioritariamente, al uso de la fuerza.

Las consecuencias de una agresión desproporcionada aparecen contenidas en una sentencia de 18 de junio de 1924:

«El recurrente, Guarda jurado, con motivo de haber sorprendido al ofendido cogiendo yerba en un campo encomendado a su custodia, cuestionaron ambos, y pasando a vías de hecho, el recurrente disparó repetidas veces contra el ofendido, causándole dos heridas y *partiendo la agresión del guarda*, por esta actitud *perdió el carácter de Agente de la Autoridad.*»

En el mismo sentido cabe citar la sentencia de 22 de marzo de 1927:

«El guarda jurado hizo el disparo productor de la muerte del ofendido en lugar distinto del confiado a su custodia, y habiendo transcurrido, además, el tiempo mediado desde la mañana hasta la hora del mediodía, en que tuvieron lugar los hechos juzgados, *es notorio*

que la inminencia del ataque a los derechos de propiedad, si existió, había transcurrido, y porque cuanto ocurrió en la mañana del indicado día, realidad única que pudo ocasionar la intervención del guarda, podía motivar una denuncia ante la Autoridad competente contra los infractores, cuya identidad en lugares de reducido vecindario, sobre no ofrecer dificultades insuperables, en modo alguno podría justificar que el Agente de la Autoridad disparase y matara al infractor.»

En el mismo sentido cabe referirse a la sentencia de 30 de junio de 1927:

«Esta circunstancia sólo autoriza el empleo de la fuerza por los agentes de la Autoridad para rechazar agresiones e imponer por la violencia el respeto y debido acatamiento a sus legítimas órdenes, pero nunca para rematar al que lesionado y tendido en el suelo no puede defenderse.»

Se desprende, pues, que para la Jurisprudencia penal, en la configuración de la cualidad de autoridad, concurren dos aspectos: formal y funcional. El formal es constatable de la existencia de un acto de habilitación que establezca las condiciones objetivas de tiempo, lugar, competencias, etc.; el funcional juega con conceptos que son indeterminados: el de la agresión ilegítima o legítima, proporcionada o no, no surge sólo de la existencia o no de un título que habilite sino de que se den los presupuestos de hecho que impiden utilizar otro medio de coacción, pero estas circunstancias sólo pueden constatarse a posteriori y en el proceso por el juez; es decir, en el concepto de autoridad de la jurisprudencia penal el *stautos* de Autoridad, como categoría de la que surgen delitos y faltas por intervenir en ellos activa o pasivamente personas investidas de tal carácter, se configura en el propio proceso cuando se da contenido a los conceptos jurídicos indeterminados que sirven para atribuir o no tal cualidad. Por tanto, y a partir de la definición de autoridad del artículo 277 del Código Penal de 1870, la jurisprudencia va dando contenido al aspecto funcional del término.

En la figura penal de «resistencia y desobediencia a la autoridad y sus agentes», una sentencia de 4 de junio de 1910 establece que:

«No todo incumplimiento de las órdenes que dicten la Autoridad y sus Agentes es constitutivo de delito o falta, sino que se requiere para los fines de la responsabilidad por desobediencia que el mandato tenga fuerza de obligar.»

Es decir, la Autoridad puede ordenar a veces sin fuerza de obligar, por tanto los actos que emanen de ella no siempre son obligatorios, lo cual resulta confuso en términos jurídico-administrativo, porque uno de los rasgos de los actos administrativos es su ejecutoriedad y no se comprende muy bien que los actos de las autoridades a las que se define penalmente como las que «ejercen jurisdicción propia» cuando manden no obliguen. Claro está que puede ser que dicho mandato carezca de los elementos de fondo o forma para ser inmediatamente ejecutorios.

Otra sentencia, de 7 de julio de 1915, establece los requisitos que el mandato de la autoridad debe tener para dar origen al delito de desobediencia:

«La existencia de una orden o mandato *directo, expreso y terminante* dictado por la Autoridad competente en el ejercicio de sus funciones constituye la base y requisito esencial e indispensable para que pueda ser cometido el delito de desobediencia...»

Por lo que respecta al aspecto formal, es decir, a la necesidad del carácter de autoridad para que se constituyan los *delitos de desacato o atentado*, a veces aparecen sentencias contradictorias:

Sentencia de 4 de junio de 1874:

«Para que puedan tener exacta aplicación legal las disposiciones referentes a esta materia contenidas en el Código Penal (el de 1870), es condición especial e indeclinable que las ofensas de hecho o de palabra, inferidas a la Autoridad o a sus agentes, se dirijan a personas que se hallen *revestidas de carácter público*, emanado del Gobierno legítimamente constituido.»

A pesar de la necesidad «indeclinable» de que estén revestidos de carácter público, nos encontramos con una sentencia de 20 de mayo del mismo año en que se establece:

«Los procesados, que salieron de música durante la noche, como al llegar a la plaza promovieron cuestiones, el *alcalde pedáneo* que salió de patrulla con algunos voluntarios, les mandó retirar a sus casas, y lejos de obedecer, se fueron acalorando hasta el extremo de empezar a golpes y puñaladas unos contra otros, con lo cual no sólo acometieron a los *agentes de la Autoridad* haciéndoles resistencia...»

Por tanto, se consideran por esta jurisdicción agentes de la Autoridad a voluntarios que salen de patrulla ocasional con el alcalde pedáneo, lo que casa mal con los necesarios requisitos formales, para considerarse como tales, establecidos en otras sentencias como la de 6 de abril de 1889 (sobre desacato):

«Es condición de este delito que la injuria, la calumnia, el insulto o la amenaza que en cada caso puedan determinarse se dirijan *contra una Autoridad en el uso de sus funciones o con ocasión de ellas, cuya circunstancia, por no ser presumible, requiere demostración completa de hecho.*»

Sentencias de 14 de mayo de 1884, 25 de junio de 1884 y 25 de abril de 1894:

«No existen términos legales para calificar como delito de desacato las ofensas dirigidas a personas que en el momento de recibir la ofensa *no es Autoridad ni dentro ni fuera del lugar en que acaece el hecho, a no ser que se establezca una ficción que la ley no autoriza.*»

Además, en la sentencia de 30 de mayo de 1927 se establece:

«La Autoridad *pierde automáticamente su cualidad* a los efectos de protección privilegiada *que la ley le otorga*, al obrar al margen de ella o con notorio abuso de su cometido, por no ser propio de un Estado de Derecho otorgar a persona alguna carácter autoritario indeleble *en plano de privilegio personal*, siéndolo tan sólo de *función* y en tanto que ésta se lleve a cabo dentro del marco de la ley.»

El Código Penal de 1928, dentro de la sección II del capítulo V, se refiere a los desacatos, injurias y amenazas a las autoridades, a sus agentes, a los funcionarios y a las corporaciones u organismos oficiales y tipifica una serie de figuras delictivas utilizando el término Autoridad, pero sin denir el concepto a efectos penales. En el artículo 324,1, utiliza la frase «Ministros de la Corona o a otras autoridades», repite la expresión en el 326, y en el 327 se refiere a «los agentes de la Autoridad o a los funcionarios públicos» sin efectuar criterios de distinción. En la sección tercera del mismo capítulo y en el artículo 331 se habla de «Autoridades (que) sin tener entre sí dependencia jerárquica por corresponder a distintas esferas de la Administración», y en el 332 se utiliza indiscriminadamente el término «Autoridad, agente o funcionario».

En la sentencia de 5 de marzo de 1930 se establece:

«Esta eximente no tiene existencia por el sólo hecho de que el culpable al realizar el acto por el que se le persigue se encuentre investido de un *determinado carácter de autoridad* y en el *ejercicio de sus funciones*, sino precisa que la acción tenida por punible haya sido realizada para el *cumplimiento legítimo de un deber* y que el agente ejecutor de la misma se *viera precisado a emplear la violencia como único medio de hacer respetar la ley que se vulneraba.*»

En el Código Penal de 1932, artículo 270, reaparece el concepto de Autoridad «para los efectos de los artículos comprendidos en los tres capítulos precedentes», «se reputará Autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviera *mando* o ejerciere jurisdicción propia». La novedad respecto al concepto que surge del artículo 277 del Código Penal de 1870 es la utilización del término *mando* junto al de jurisdicción. La potestad de mando es para SANTAMARÍA DE PAREDES sinónimo de potestad de imperio y la define como «la facultad que tiene la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento», y continúa: «Es la expresión más directa del *principio de autoridad* en el ejercicio del Poder ejecutivo, fundándose en la naturaleza misma del Poder público y en la necesidad que de ella tiene el ejecutivo para desempeñar la misión que le esté encomendada.»

Los actos de mando para este autor se manifiestan en Reales Decretos, Reales Ordenes y simplemente Ordenes de las Direcciones Generales. Creemos que este es el sentido más adecuado que debe darse al término «potestad de mando» en el artículo 270 del Código Penal de 1932 (15).

En sentencia de 12 de enero de 1944 la Jurisdicción Penal Criminal del Tribunal Supremo establece sobre una falta contra el orden público lo siguiente:

«La falta del artículo 565 del Código Penal, precisa como elemento esencial de la misma, que la ofensa que se dirija o desobediencia que se le haga al agente de la Autoridad, lo sea en el *ejercicio de sus funciones*, o con ocasión o por consecuencia de las mismas, y en forma que revele, el culpable, el propósito doloso de menoscabar el principio de autoridad que aquel representa.»

(15) SANTAMARÍA DE PAREDES: *Curso de Derecho administrativo*, 2.ª edición. Madrid, 1888, pp. 70 y 71.

Veamos cómo se perfila el concepto tópico de «ejercicio de funciones» de autoridad en otras sentencias anteriores a la entrada en vigor del Código Penal vigente, que se refieren a la eximente que surge del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho:

Sentencia de 20 de diciembre de 1940:

«La creencia de ejercitar un derecho es apreciación subjetiva que no influye sobre el contenido objetivo de la *eximente*, que debe aparecer completa en todos sus requisitos en la realidad, y no sólo en la opinión del recurrente.»

Sentencia de 23 de marzo de 1942:

«La exención ha de alcanzar la extensión que exige la naturaleza de las funciones que ejerza a quien aprovecha y la realización de los fines a que aquéllas se circunscriban, incluso el empleo de medios violentos, claro es, que *sin que a su amparo le sea permitido extralimitaciones y abusos, que rebasan los necesarios a la defensa de persona o de los intereses a él confiados.*»

Otra sentencia, de 8 de octubre de 1940, establece las restricciones al ejercicio de un derecho que la autoridad puede establecer y su trascendencia:

«No es lícito el ejercicio del propio derecho cuando se ha limitado o excluido la facultad de actuarlo por mandato de autoridad competente debidamente notificado, sin que baste a devolver a aquel derecho su primitiva eficacia la acción de nulidad contra parte del procedimiento, ni utilizando algunos de los remedios procesales que la ley concede.»

A su vez, en sentencia de 26 de mayo de 1943, se dice:

«El ejercicio legítimo de una labor profesional no excusa el cumplimiento de los *elementales deberes que la prudencia impone para evitar daños en el patrimonio ajeno* y no puede servir de escudo para eximir de responsabilidad cuando ésta se derive de un acto culposo, cometido sin intención maliciosa, que ha producido un mal típicamente definido en la ley como delito.»

De esta doctrina cabe deducir los siguientes requisitos que componen el concepto jurisprudencial de *ejercicio de funciones*:

1.º Que no es un concepto de apreciación subjetiva, sino que exige aparecer completa en todos sus requisitos en la realidad.

2.º La extensión de la exigente se modula en razón de la naturaleza de las funciones y de los fines a conseguir con el ejercicio de las mismas, limitándose a ejercer los medios violentos para *defender las personas o intereses* que se le confían.

3.º Que el ejercicio de una función o labor profesional tiene como límite objetivo, en cuanto al patrimonio ajeno *que no se causen daños a éste*.

4.º *Que la autoridad competente puede excluir o limitar el ejercicio de los propios derechos* (o el ejercicio de funciones) sin que la interposición de la acción de nulidad paralice el mandato de dicha autoridad.

Veamos, respecto al delito de desacato, cómo juega, asimismo, el «ejercicio de funciones»: Sentencia de 21 de marzo de 1933:

«El delito de desacato realizado por medio de amenazas, requiere, entre otros requisitos... que redunde en desprestigio o *quebranto del principio de autoridad de la persona o personas que le ostenten*, y a quienes dichas amenazas vayan dirigidas *en el ejercicio o con ocasión de sus funciones*.»

Pero este delito no existe cuando (sentencia de 19 de marzo de 1934):

«La Autoridad y sus agentes dan margen con sus *excesos* a que por retorsión se justifique la defensa de un *ataque ilegítimo* puesto que en este caso queda reducido el hecho a una *cuestión entre particulares*.»

Es decir, de nuevo insiste la jurisprudencia en el concepto de *ataque o agresión ilegítima* (excesos) como elemento determinante de la pérdida de la condición o cualidad de Autoridad.

Y así llegamos hasta la redacción del Código Penal vigente, que recoge en su artículo 119 lo siguiente:

«A los efectos penales, se reputará Autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.»

Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio Fiscal.

«Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.»

Respecto al concepto de Autoridad no se añade nada nuevo. Se especifica el carácter de Autoridad de los funcionarios del Ministerio Fiscal y se define a los funcionarios públicos mediante tres elementos: 1.º que se participe en funciones públicas, 2.º por disposición inmediata de la ley, o por elección, o por *nombramiento de autoridad competente*.

Se deduce, pues, el carácter de subordinación entre la cualidad funcional y la de autoridad, y, además, se delimita una de las facultades del *status* de autoridad: el nombramiento de funcionarios. De ahí que será autoridad, a los efectos penales, quien en cada esfera de la Administración efectúe el acto de nombramiento de funcionarios.

Pero veamos el desarrollo jurisprudencial de esta norma positiva. En una importante sentencia de 12 de mayo de 1952 se dice:

«La defensa del principio de autoridad no es incondicionada ante la mera contemplación del ejercicio de las funciones que impliquen aquella investidura, sino que, naturalmente, ha de quedar subordinada a que tal Autoridad responda en sus actos a la severidad, mesura, ecuanimidad y justicia de que en todo momento debe ir investida, porque cuando se traspasan tales límites, no por amplios menos precisos, se desprovee de ese carácter y si su representante insulta, provoca, amenaza o realiza alguna agresión contra aquel a quien pretende imponer su mandato y ello no obedece a exigencias racionales de restablecimiento de su imperio, entonces deja de ostentar su posición privilegiada y pierde momentánea y circunstancialmente dicha consideración, colocándose en plano de igualdad con los demás, cuyos actos contra él deben valorarse según la objetividad que de los mismos resulte.»

En el mismo sentido, la de 30 de enero de 1961, citada también analógicamente en la sentencia de 20 de mayo de 1927, dice:

«La Autoridad pierde automáticamente su cualidad a los efectos de protección privilegiada que la ley le otorga, al obrar al margen de ella o con notorio abuso de su cometido, por no ser propio de un Estado de Derecho otorgar a persona alguna carácter autoritario indeleble en plano de privilegio personal, siéndolo tan sólo de función, y en tanto que ésta se lleve a cabo dentro del marco de la ley.»

Por tanto, la protección penal se realiza, previa constatación de un ejercicio legal, y sin notorio abuso de la función de Autoridad.

La función de Autoridad la define la sentencia de 20 de noviembre de 1963:

«La función de Autoridad implica una voluntad de mando o de imperio, que se concreta en el ejercicio erga subditos de un derecho de supremacía, esto es, de un derecho que constituye la manifestación de un poder jurídicamente superior al de los ciudadanos.»

La Autoridad ejerce, pues, un poder jurídicamente superior al de los ciudadanos, pero este ejercicio de poder sigue sujeto a limitaciones que la jurisprudencia posterior al Código Penal de 1944 recoge. Veamos estas limitaciones que surgen de una serie de sentencias sobre la eximente del «cumplimiento de deber o el ejercicio de un derecho». La sentencia de 19 de junio de 1948:

«Si todos los que cometiesen una acción u omisión comprendida en el articulado del Código Penal, hallándose en el ejercicio legítimo del cargo, estuviesen exentos de responsabilidad criminal, se establecería un principio de subversión del orden social a todas luces rechazable, que muchas veces ampararía abusos, extralimitaciones y desmanes y colocaría a los ciudadanos en estado de indefensión, y precisamente para evitar y prevenir estas consecuencias, siempre posibles, el que desempeña funciones públicas o ejerce un cargo u oficio legítimamente, está obligado a comportarse con discreción y mesura y no debe recurrir a la violencia más que cuando las especiales circunstancias del caso lo exijan ineludiblemente.»

La limitación en el uso de la fuerza aparece también en la sentencia de 1 de mayo de 1952 que debe ser:

«... justificada por una necesidad racional en su empleo y una adecuación manifiesta del medio utilizado en los fines antedichos...»

Otra sentencia, de 20 de junio de 1953, señala que:

«Es necesario que el agente del delito que invoque a su favor esta eximente, no sólo sea Autoridad y ejerza funciones propias de su cargo, sino que, además, proceda en cumplimiento de deberes que tales funciones le impongan y el medio violento empleado sea adecuado y necesario para imponer el respeto a la Ley, pero no cuando aquella primera condición, personal e insepara-

ble, no se ve continuada por las demás en una intervención, si en principio justificada, no amparada en cuanto a las restantes.»

En la sentencia de 31 de mayo de 1955 el Tribunal Supremo establece y numera los requisitos de esta eximente:

«Para que se pueda aplicar esta eximente deberán concurrir los siguientes requisitos: 1.º Carácter de autoridad o de agente. 2.º Ejercicio de funciones derivadas de tal carácter. 3.º Cumplimiento de un deber atinente a las mismas funciones. 4.º Que el agente de la autoridad se vea acometido o atropellado con menosprecio de su autoridad, y 5.º Que el medio que utilizó para hacerse respetar sea el adecuado a tal fin con arreglo a su cargo.»

En otra sentencia, de 3 de enero de 1962, se perfila aún más la necesaria concatenación entre norma-acto-ejecución.

«Se precisa que el agente haya obrado en el estricto marco de sus atribuciones, no sólo reglamentarias, sino las determinadas en el caso concreto.»

Por tanto, el aspecto funcional de la cualidad de Autoridad exige una exacta adecuación de la conducta de quien la ostenta a las determinaciones que habilitan su actuar, ya sea por norma o por acto; de otra manera no se pondrá en acción el sistema de protección penal.

Una sentencia, de 28 de abril de 1964, sobre el delito de resistencia y desobediencia a la autoridad, establece:

«En un Estado de Derecho, los actos de la autoridad y sus agentes, para que merezcan la específica tutela penal que dicho ordenamiento les procura, y de modo más concreto, para que la oposición a los mismos por parte de los ciudadanos, revista las modalidades criminales de los delitos de resistencia o desobediencia, la conducta que los integra ha de coordinarse con una adecuación previa de la autoridad, agente o funcionario público a las normas legales vigentes...»

En sentencia de 31 de diciembre de 1974 se insiste en la adecuación entre actuación y norma:

«Para que exista el delito de desobediencia es requisito esencial que la Autoridad, al dictar la orden desobedecida, obre dentro del círculo de las atribuciones que la ley le confiere...»

Veamos, en otra sentencia de 28 de diciembre de 1968, las exigencias que la jurisdicción penal establece al ejercicio de las funciones de autoridad para darles protección:

«La necesidad de garantizar el *principio jerárquico* de Autoridad, que prestigie y defienda a quien la encarna, para hacer viable la realización del derecho y la coexistencia social, pacífica y adecuada, de las relaciones interindividuales entre los hombres, ha motivado el delito de desobediencia, que tipifica el artículo 237 del Código Penal, y que requiere, para existir, según el contexto y doctrina de esta Sala que lo interpreta, los siguientes requisitos: 1.º Una orden emanada de la autoridad o sus agentes, *no sólo en el ejercicio de las funciones* de su cargo, *sino que ha de contener, por imponerlo así de consumo el derecho, la moral y los buenos principios políticos, un mandato legítimo, que deriva de sus facultades regladas*, o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones ni excesos. 2.º Que la orden o *mandato* sea expresa, terminante y clara, por *imponer al particular una conducta activa u omisiva indeclinable o de estricto cumplimiento que ha de acatar sin disculpas*. 3.º Que la misma se haga conocer a éste a medio de un requerimiento formal, personal y directo...»

Merece la pena hacer notar que la Jurisdicción penal utiliza términos como mandato legítimo, marco o círculo de atribuciones, facultades regladas, sin extralimitaciones ni excesos, que son reconducibles al problema jurídico-administrativo de la atribución de potestades. Se deduce de éstas y otras sentencias que la Jurisdicción penal es muy estricta en cuanto a la trabazón íntima entre el ejercicio de las funciones y la norma que las atribuye, por lo que en estos supuestos no cabría aplicar la teoría de las potestades inherentes, teniendo en cuenta que en la mayoría de los puestos la actuación administrativa que surge de la Autoridad es limitadora de derechos individuales y, con frecuencia, empleando la *manus iniectio* o compulsión sobre las personas.

Sin embargo, no hay una clara línea jurisprudencial en cuanto a los requisitos subjetivos que configuran algunos delitos; así, por ejemplo, en lo referente al delito del artículo 245 nos encontramos con sentencias contradictorias: sentencia de 17 de junio de 1953:

«La caracterización de los delitos comprendidos en el capítulo VIII, título II, del Código Penal se contrae al hecho fundamental de que la acción antijurídica punible en las varias formas que allí se determinan sea inspirada, dirigida o ejecutada contra una persona no sólo

por ella misma, sino en razón a la autoridad que representa, y en consecuencia, para determinar la comisión del delito previsto y penado en el artículo 245, es indispensable que *el Agente de la Autoridad insultado o agraviado se encuentre precisamente en aquel acto en el ejercicio de sus funciones e investido de los atributos propios de su condición de tal.*»

En cambio, otra sentencia de 14 de octubre de 1950 nos dice:

«Debe estimarse cometido el delito público de desacato, *aunque la persona individual ofendida hubiere ya cesado en el desempeño del cargo ministerial, con ocasión del cual se le injuriaba.*»

En otra de 19 de enero de 1961 se establece:

«Los defectos procesales y aun de competencia que pueda tener la actuación de una autoridad *no pueden conducir a despojarlo de la condición de autoridad y a legitimar las resistencias y violencias que se opongan a su actuación, o reducirla a la esfera meramente privada, como si se tratase de un simple particular.*»

Por tanto, no se mantiene aquí el criterio seguido de manera insistente al delimitar el ámbito funcional de la autoridad mediante la utilización de conceptos como «círculo de atribuciones», «mandato lícito», etc., que hay que concretar en cada caso y que de su constatación o no, surge uno de los elementos del tipo penal.

En la Jurisprudencia surgen imprecisiones sobre si es o no relevante la distinción entre Autoridad y funcionario; por ejemplo, las sentencias de 31 de diciembre de 1945, 6 de marzo de 1958, 13 de noviembre de 1963 y 13 de noviembre de 1970 establecen:

«El *nomen iuris* de desacato que cobija las conductas descritas en los artículos 240 y siguientes del Código Penal, con el *distinto y lógico alcance punitivo que ofrecen según que el sujeto pasivo desacatado sea la Autoridad o los agentes de la misma y demás funcionarios públicos...*»

La cualidad de autoridad o de funcionamiento implica, pues, una graduación punitiva; sin embargo, en otra sentencia sobre el delito de injurias (art. 461) se dice; sentencia de 27 de junio de 1966:

«La *exceptio veritatis* contenida en el artículo 461 del Código Penal, arraigada profundamente en nuestro de-

recho penal, extiende ampliamente el campo de la crítica de los *funcionarios públicos, estén o no revestidos de autoridad.*»

Por tanto, en este caso la cualidad de autoridad es irrelevante a efectos penales, mientras que en los supuestos del artículo 240 no lo es.

En sentencias de 28 de enero y 13 de noviembre de 1970 se considera al ejercicio del poder *erga subditus* como derecho-deber que corresponde a la Autoridad: sentencia de 28 de enero de 1970:

«El indispensable ejercicio del poder *erga subditus*, que como derecho-deber corresponde desarrollar socialmente a la Autoridad...»

La sentencia de 13 de noviembre de 1970 señala:

«... siendo el bien jurídico protegido el principio de autoridad que debe mantenerse por ser la *manifestación del necesario ejercicio del poder erga subditus.*...»

La Jurisprudencia surgida de la aplicación del Código Penal de 1944 continúa expandiendo el carácter de autoridad, dando la consideración de tal a los mozos de estación (sentencia de 4 de noviembre de 1948) y a los peones camineros (sentencias de 18 de octubre de 1961 y 13 de marzo de 1963), y perfilando el carácter permanente o no de la función de autoridad en una sentencia de 1 de julio de 1970, que establece:

«El agente de la Policía Municipal afecto a la Brigada de Circulación viajaba en un autobús vistiendo el uniforme reglamentario del Cuerpo, y al ver una anomalía en el tráfico se apeó para ordenarlo; *sin que de ello pueda concluirse que no estaba en el ejercicio de sus funciones*, porque precisamente para ejercerlas se apeó del autobús y en el ejercicio de ellas es cuando fue agredido por el procesado, *ya que no puede admitirse que cuando los agentes terminan su servicio o van a prestarlo queden despojados de su condición de tales si las necesidades le obligan a intervenir antes o después de hacerse cargo del cometido concreto que se le haya confiado*; ya que esa intervención en casos de emergencia o eventuales ha de reputarse meritoria al redundar en beneficio del bien público y ser demostrativa de celo en el cumplimiento del deber; *no pudiendo por ello quedar reducido a la condición de simples particulares en*

esas intervenciones esporádicas que no han podido ser previstas con antelación, no pudiendo olvidarse tampoco que las funciones de la autoridad y sus agentes son permanentes y la prestación de un servicio lo mismo puede ser motivada por orden superior que por exigencias de circunstancias que se presentan en relación con su función propia...»

En otra sentencia de 9 de mayo de 1959 se establece:

«No puede admitirse, como racional, humana y obligatoria, la inhibición y la actitud pasiva de quien ostentando atributos reveladores de su condición de agente del Orden Público a pesar de no estar de servicio por no hallarse en la jurisdicción donde prestaba su cometido, es requerido para intervenir en el mantenimiento y restablecimiento de ese orden perturbado...»

En sentencia de 1 de abril de 1971 el Tribunal Supremo profundiza en esta línea jurisprudencial y establece:

«Que la exigencia de que la Autoridad, agente o funcionario actúe en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, o con arreglo a derecho, se produce cuando toma acuerdos o realiza actos dentro del orden de sus atribuciones, o con ocasión de ellas, menciona esta última que establece el número 2 del artículo 231 del Código Penal, porque de no contenerse, la tutela sancionadora no alcanzaría a aquellas personas más allá del mero ejercicio material de su poder, y mientras lo desempeñaron, porque es el que concede investidura y carácter, teniendo en cuenta la norma por dicha extensión la causa que determina la efectuaron del atentado, que en dicho supuesto ha de nacer de la función misma, por lo que en definitiva, la Ley estima que aun fuera de la realización de la actividad del cargo se es funcionario, si la causa del acto que constituye atentado trae su origen de aquella actividad o función, considerando que la autoridad, agente o funcionario, en principio, ha de actuar con competencia, para ser protegida su dignidad penalmente, pero si se extralimita en su ejercicio, actuando fuera de su ámbito territorial, y en lugar donde oro lo posea, no por ello pierde su carácter, sino que la extralimitación, por no ser esencial, resulta intrascendente, continuando con su condición y amparo, y aun con mayor razón cuando este ejercicio extraterritorial se debe a actuación que

iniciada donde tenia plena jurisdicción y competencia, se prolonga, por necesidad de perseguir lo ilícito, fuera del territorio funcional.»

En esta importante sentencia se protege penalmente a un agente de la autoridad (Guarda jurado) que ha ejercido su función fuera del ámbito territorial que la normativa le señala, es decir, la función de autoridad puede romper el ordenamiento jurídico competencial cuando se trata de la persecución de un hecho ilícito.

Sin embargo, y a pesar de la insistencia en declarar que el ejercicio de sus atribuciones es lo que concede investidura y carácter, una sentencia de este alto tribunal de 30 de junio de 1972 nos dice:

«... es lo cierto que la Autoridad propiamente dicha —sea del orden judicial o de cualquier otro— conserva en cualquier caso o eventualidad tal carácter, que le acompaña siempre dentro de su demarcación, con la consiguiente necesidad de anejos respetos por parte de los terceros a quienes tal calidad conste, máxime si éstos fuesen funcionarios públicos o agentes de la Autoridad...»

y en el segundo considerando continúa:

«Que sentado de modo indudable el carácter de Autoridad que en aquel momento del suceso ostentaban el ilustrísimo señor presidente de la Audiencia Provincial de X y el ilustrísimo señor teniente fiscal de la misma Audiencia, no obstante el estar dedicados, dentro de su territorio jurisdiccional, a la actividad deportiva de la pesca, ajena al desempeño de sus cargos, ello no puede servir de pretexto para entender que las supuestas o ciertas ofensas que se les dirigen lo sean a las personas particulares que practicaban un deporte, sin afectar a la autoridad que representan o encarnan, pues la Ley y la doctrina de esta Sala no admiten esa distinción, por la potísima razón de que su autoridad en su territorio es permanente y la misma no se pierde más que en el improbable caso de qua abusaran de su autoridad en su particular provecho, y éste no es el supuesto contemplado, pues en el relato histórico se destaca el comportamiento amable, correcto y lleno de cortesía de las autoridades judiciales, en contraste con el tono desatento, con acento de indudable acritud y brusquedad del guarda de pesca continental del Estado, procesado y que aquí recurre, representado por el señor abogado del Estado.»

En sentencia de 21 de octubre del mismo año el Tribunal Supremo vuelve a referirse a los requisitos fundamentales del delito de desacato a la Autoridad, y entre ellos el 3.º establece:

«Que estos sujetos pasivos del delito se encuentren *en el ejercicio de sus funciones o se les dirijan con ocasión de ellas.*»

Con fecha de 15 de diciembre de 1972 el Tribunal Supremo establece:

«Que el delito del artículo 245 del Código Penal, que defiende el principio de autoridad..., requiere... B) Que tal quehacer se dirija contra los funcionarios públicos, o funcionarios de la autoridad, precisamente, *cuando se hallen en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.*»

Y sobre la pérdida del carácter de autoridad el cuarto considerando de esta misma sentencia nos dice:

«Que las simples extralimitaciones y excesos de los agentes de la Autoridad, en el ejercicio de su función, han venido siendo estimados por la doctrina de esta Sala, que no le hacen perder su carácter, pero, por el contrario, *las agresiones ilícitas que efectuaren contra los derechos de los particulares y las violencias innecesarias para el cumplimiento de sus deberes se ha entendido por la misma que les privan o despojan de él...*»

En los considerandos quinto y sexto el Tribunal Supremo analiza un supuesto al que aplica la doctrina vertida en el cuarto considerando:

«Que esta clara doctrina debe extenderse al supuesto en que el agente de la Autoridad produzca idealmente una *orden coactiva ilegítima*, que apareje indebida intención del particular, *impidiéndole su libertad de acción*, a la que tiene éste pleno derecho, y que sólo acata ante su imperatividad, puesto que si se le coloca en situación de contricción personal y de oprobio, o afrenta, *con indudable antijuridicidad*, contra la que inútilmente se protesta, es evidente que ante extralimitación ideal de la función, con consecuencias tangibles, ha de permitirse la réplica ideal también, aunque pudiera entrañar la injuria, insulto o amenaza, a modo de retorsión, pues contra la agresión de tal condición se

responde en tono equivalente y no desapropiado en legítima defensa, contra el abusivo ejercicio de la función, sobre todo cuando este quehacer es la culminación de una situación de tensión emocional, y además su alcance es mínimo cualitativamente, *pues realmente no cabe menospreciar a quien deja de ser agente de la autoridad, con su comportamiento antijurídico.*»

Pero veamos en el supuesto práctico sobre el que versa la sentencia que se comenta, cómo opera la doctrina jurisprudencial citada (sexto considerando):

«Que el derecho concedido a los agentes de tráfico en el artículo 292 del apartado 3, a), del Código de Circulación para ordenar el traslado de vehículos que impidan la circulación, constituyan peligro o la perturben gravemente, hasta los depósitos destinados al efecto, se encuentra subordinado al previo requerimiento personal a su conductor si se encuentra junto a él, para hacer cesar la situación, y en que caso de que así no suceda manda imperativamente el apartado c) poner la decisión de retirada del carruaje, intentada o llevada a efecto, en conocimiento del conductor, tan pronto como sea posible, así como "suspender" la retirada en el acto" si aquél comparece y adopta las medidas convenientes: pues dicha medida de retirada es excepcional, aunque la infracción por lesión al tráfico previamente se sancione con multa, y sólo puede llevarse legítimamente el desplazamiento y depósito si la persona encargada del vehículo no se presta a permitir un tráfico adecuado, por lo que la acomodación a derecho del secuestro, y retirada del vehículo por el agente, sólo cabe, ante tal ausencia y posibilidad de eludir el obstáculo vial, constituyéndose por el contrario en rotundamente antijurídico si se persiste en llevarlo a efecto, cuando el conductor comparezca y esté dispuesto a retirar el vehículo, *porque entonces aquél desconoce sus atribuciones y desafuera al querer seguir imponiendo una medida altamente restrictiva sobre bases no permitidas en la norma básica que regula el acaecimiento, siendo su obrar plenamente ilegítimo, y contra el que el particular puede reaccionar dentro de límites adecuados.*»

Es decir, la legalidad señala al agente de la autoridad un íter en la utilización de sus potestades coactivas, que van de menos a más en lo que respecta a la restricción de la libertad de acción del

particular para conseguir el fin público que justifica la atribución de facultades exorbitantes. A su vez la legalidad señala los supuestos de hecho necesarios para pasar de un grado inferior a un grado superior de coacción, y si el agente no aplica correctamente esta modulación por falta de adecuación entre los supuestos fácticos configurados en la norma y el correspondiente grado de coacción pública, actúa fuera de sus atribuciones y por tanto deja de ostentar, en esa circunstancia, el carácter de Autoridad o agente de la misma.

Otra sentencia de 20 de marzo de 1972 establece las razones por las que se prolonga la protección penal a la persona que ha ejercido en momento anterior al que se producen los hechos delictivos:

«Que la exigencia de que la Autoridad, el agente o el funcionario actúen en el desempeño legítimo de sus atribuciones, o con arreglo a derecho, se genera cuando toman acúerdos o realizan misiones dentro de las funciones de sus cargos o "con ocasión de ellas", mención esta última que establece plausiblemente el número 2.º del artículo 231 del Código Penal, porque de no precisarse expresamente, la tutela sancionadora no alcanzaría a dichas personas más allá del mero ejercicio material de su poder, y en tanto lo desempeñaran, porque es el que concede investidura y carácter, teniendo en cuenta la norma, por dicha necesaria extensión, la causa que determina la realización del atentado, *protegiendo algo más que la sola función, es decir, amparando a la Autoridad, agente o funcionario contra los actos impulsores del atentado, si traen su causa del desempeño de la función misma, para eludir las venganzas que de otra manera se cometerían luego de su ejercicio, del cargo, porque entonces se sigue siendo funcionario en ficción atendible, pues el móvil que lleva a la ofensa del principio de autoridad se deriva del desarrollo de la función tutelada.*»

Es decir, a efectos de protección penal se produce una ficción que permite prolongar el supuesto de hecho de estar en el ejercicio del cargo, aunque desde la perspectiva de la habilitación legal esta situación se haya extinguido ya en el tiempo.

Esta ficción, muy atendible en su finalidad protectora, viene a aumentar el conjunto de derechos no sólo de la Autoridad y sus agentes, sino, como la sentencia establece, también a los funcionarios. Por tanto, se produce en este caso y por vía jurisprudencial una modificación del régimen jurídico de la función pública en lo que respecta al conjunto de derechos y deberes de los funcionarios, extensible a las autoridades y sus agentes.

En sentencia de 3 de mayo de 1972 se hace referencia al carácter extraordinario de la protección penal del 119 del Código Penal, y se especifica en otro caso concreto cuando se consideran que las agresiones de la Autoridad, sus agentes y funcionarios son ilegítimas y que, por tanto, despojan de la tal cualidad:

«... que es incuestionable que quien pretende disfrutar de la *extraordinaria y anormal protección* que el ordenamiento punitivo patrio dispensa a autoridades, sus agentes y funcionarios, *deba proceder atemperándose en el ejercicio de sus facultades, y en los actos de relación motivadores de los hechos sometidos a su enjuiciamiento, con sujeción estricta a cuanto la legalidad les permite o autoriza, sin descender en ningún caso a la pérdida de dignidad que supone aceptar situaciones incompatibles con el prestigio que debe adornar el ejercicio de su función...*»

Pero veamos de los hechos sobre los que versa la sentencia comentada, cuándo considera este alto Tribunal que se pierde la dignidad que debe adornar el ejercicio de la función de autoridad:

«... Que el funcionario municipal, ante la simple presencia de las tres personas que justificadamente pretendían personarse en el Ayuntamiento para esclarecer el asunto comienza ya por expresarse en una forma airada, y como tal recusable, en un lugar inadecuado, cual el portal de acceso a la Casa Consistorial, descendiendo a discutir violentamente con su interlocutor y a forcejear con él, por discrepar acerca de quién debía penetrar en el edificio, como presuntamente responsable del comportamiento motivador del episodio... *misión aquella de compeler física y violentamente a una persona a que comparezca ante la autoridad municipal o funcionarios de ella dependientes, o incluso de efectivizar una orden de detención, totalmente alejada de las que están atribuidas a los secretarios de la Administración Local, cuyas entidades, y sus órganos rectores, medios tienen, tanto de orden inmaterial como ya puramente físicos y coercitivos, para que los legítimos mandatos que confieran sean acatados y cumplidos, sin necesidad de que tan destacados funcionarios se vean precisados a mantener en la vía o lugares públicos airadas y violentas discusiones con persona alguna, a ejecutar órdenes de detención y menos todavía a impedir por la fuerza el acceso o las dependencias municipales de determinada persona, obligando, por contra, a que lo haga otra.*»

Como se desprende de la lectura de este considerando, los hechos que se relatan pueden englobarse en una genérica «extralimitación de funciones» de las que despojan de la cualidad de autoridad o funcionario.

La doctrina reiterada sobre la pérdida de la condición de autoridad vuelve a repetirse en la sentencia de 6 de mayo de 1972:

«... Respecto del sujeto pasivo ha de ser persona constituida en autoridad, agentes de la misma o funcionarios públicos, estando, por lo que a los mismos se refiere, a lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal, a las oportunas disposiciones reglamentarias o a la disposición general del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre policía judicial, añadiendo por fin el Código que se encuentren en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas, y habiéndose matizado por la doctrina de esta Sala que el ejercicio de tales funciones u ocasión ha de ser el legítimo, dentro del orden de sus atribuciones, sin que las meras extralimitaciones le hagan perder su *condición de Autoridad, que solamente decae cuando por agresiones ilícitas, fuerza o violencia innecesarias quedan desposeidos ante la Ley y en aquel caso del carácter en cuya virtualidad se las protege.*»

El artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en nueve apartados las autoridades y agentes que integran la Policía judicial:

«Constituirán la Policía judicial y serán auxiliares de los jueces y tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes:

Primero. Las autoridades administrativas encargadas de la seguridad pública y de la persecución de todos los delitos o de algunos especiales.

Segundo. Los empleados o subalternos de la policía de seguridad, cualquiera que sea su denominación.

Tercero. Los alcaldes, tenientes de alcalde y alcaldes de barrio.

Cuarto. Los jefes, oficiales e individuos de la Guardia Civil o de cualquiera otra fuerza destinada a la persecución de malhechores.

Quinto. Los serenos, celadores y cualesquiera otros agentes municipales de policía urbana o rural.

Sexto. Los guardas de montes, campos y sembrados, jurados o confirmados por la Administración.

Séptimo. Los funcionarios del Cuerpo Especial de Prisiones.

Octavo. Los agentes judiciales y los subalternos de tribunales y juzgados.

Noveno. El personal dependiente de la Jefatura Central de Tráfico encargado de la investigación técnica de los accidentes.»

En este artículo se hace una amplia enumeración de autoridades y funcionarios y agentes de la Autoridad que estarán protegidos en el ejercicio de sus funciones por el artículo 119 del Código Penal.

En sentencia de 17 de mayo del mismo año (sobre desacato) se establece:

«...el desacato, como delito perseguible de oficio y dirigido contra la Autoridad pública requiere a más de un contenido sustancial de calumnia, injuria, insulto o amenaza, enunciado por el artículo 240 y atenido a su peculiar e intrínseca naturaleza jurídica, en cada supuesto, que el destinatario de la ofensa revista verdaderamente en cada caso la precisa calidad oficial, vilipendiada de propósito por el ofensor, por lo que si la motivación del mencionado ultraje hubiere salido de dicho ámbito, *por haberse desprendido la Autoridad, por actos propios y a tales efectos, de su preeminente calidad, necesariamente habrá de decaer la privilegiada protección penal debida a la dignidad del cargo y circunscrita a él, por razón u ocasión del mismo, y no en particular interés de la persona que lo ostenta, reducida ya al orden común, en ocasión a parecer tal persona, como aquí ocurre, en la ocasión de autos, desprovista del relevante carácter indicado, a virtud de radical extralimitación o exceso, impropio de la Autoridad y del área jerárquica y funcional que le compete, lo que es suficiente para des-tipificar al sujeto pasivo del supuesto desacato, con la correlativa eliminación de dicho delito».*

y continúa la sentencia en su cuarto considerando:

«habida cuenta de no ser quehacer genuino de un alcalde ni propio de sus oficiales atribuciones denigrar ni zaherir a sus antecesores en el cargo, sin perjuicio de denunciar su gestión si llegara a parecerle punible...»

Por tanto, se insiste en la línea jurisprudencial por la que se pierde la calidad de autoridad a consecuencia de una «radical extralimitación o exceso impropio de la Autoridad y del área jerárquica y funcional que le compete».

Los elementos del concepto de autoridad aparecen también contenidos en una sentencia de 6 de marzo de 1973 sobre usurpación de funciones y calidad:

«... el artículo 320 del Código Penal exige, para que quede integrada jurídicamente la figura penal de la usurpación, dos elementos esenciales: uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo. Son *subjetivos* aquellos que el precepto considera en una doble vertiente: uno, de atribuirse cualquier persona *carácter oficial*, de Autoridad, funcionario público —ya un agente aunque el Código no lo diga— *sin título ni causa legítima*. Y son *objetivos... cuando el agente... ejerce actos propios de tal autoridad o funcionario.*»

La misma sentencia entiende por «*actos propios de la autoridad*» o funcionario:

«... *que aquéllos sean de la línea general de atribuciones que ordinariamente son conferidas a la Autoridad...*»

En este mismo año, y con fecha de 6 de junio, una sentencia se refiere al *carácter permanente de los servicios* de los funcionarios del Ministerio Fiscal y de los jueces y magistrados (autoridades):

«... que mientras se encuentren en la provincia o lugar de sus servicios los funcionarios del Ministerio Fiscal como los jueces y magistrados no están sólo de servicio durante sus horas normales de jornada, pues *la función que ejercen lleva inherente la permanencia en el servicio de tal forma que en todo momento y ocasión vienen obligados a actuar si necesario fuera, y correlativamente deben ser también protegidos...*»

Por tanto, se viene configurando el concepto de «*ejercicio de funciones*» al margen de la dimensión temporal de las horas de servicio, tal y como aparece recogida en la legislación sobre la Función Pública.

Pero veamos en otra sentencia de 26 de noviembre del mismo año lo que entiende por ejercer mando o jurisdicción el Tribunal Supremo:

«Que la protección dispensada por el delito de atentado a la Autoridad que define el artículo 119 del Código

Penal se produce sólo cuando ejercite mando o jurisdicción, *siendo titular de un órgano, y desarrolle la función atribuida por el cargo*, lo que tanto significa como tomar acuerdos o efectuar actos, comprendidos en el orden de las facultades que posea cada Autoridad en particular, con la debida sumisión a su propia competencia y a la legalidad, ya que resulta indispensable actuar dentro del ejercicio jurídico lícito del poder coercitivo y de imperio que le corresponde, y que es precisamente el que le otorga carácter e investidura, por lo que no puedo convertirle la arbitrariedad, con una actuación, fuera o notoriamente al margen de la función—y no ya mera extralimitación o exceso dentro de la misma, por arrancar de ella legítimamente—, porque es de exigir, jurídica y enérgicamente el quehacer adecuado, idóneo y necesario de la misma, y del ejercicio de los medios de su desarrollo, dentro de las atribuciones legales o reglamentarias estrictas, que deben conocerse y guardarse; razones por las que ha de concluirse que cuando no actúa la Autoridad como órgano, sino en cuanto persona particular, defendiendo sus intereses privados, amparándose indebidamente en su investidura, deja de hallarse protegido penalmente, *porque únicamente a la Autoridad que dirige el órgano que representa al Estado, dentro de su competencia, y que ejerce la misión atribuida obrando para la función, es a la que se tutela por el delito de atentado, ya que resulta la única que manifiesta legitimidad de contenido.*»

Se produce en este fallo una identificación entre Autoridad y la persona física titular del órgano, lo que consideramos un criterio importante para la delimitación del concepto de autoridad mediante una referencia al rango jerárquico administrativo que se ostenta.

En sentencia de 8 de febrero de 1974 y refiriéndose a los requisitos para la consumación del delito de atentado se vuelve a repetir la ya consagrada fórmula en una larga trayectoria jurisprudencial:

«... que el agredido era agente de la Autoridad y actuaba bajo la potestad de mando de la misma, con legitimidad formal y de contenido, sin extralimitación o ejercicio abusivo en el cumplimiento de la misión recibida.»

Se hace, pues, referencia a los dos tipos de legitimidad requerida; la formal, a través del correspondiente nombramiento legal y reglamentario, y la de contenido, que habrá de constatarse en el proceso.

En 20 de febrero de 1974 y sobre los requisitos del delito de atentado, una sentencia manifiesta lo siguiente:

«... que cualquier hostilidad contra los mismos (Autoridad, sus agentes o funcionarios) no sea ejercida en un terreno privado y en atención a su particular persona, sino porque está ejerciendo sus funciones o las ejerció...»

Con fecha de 7 de junio de 1974 otra sentencia se extiende sobre la función de Autoridad en su primer considerando:

«Que el derecho-deber de supremacía y correlativo imperio, que corresponde desempeñar a las autoridades y sus agentes, en el ejercicio de sus funciones y actuando legítimamente, en relación a los ciudadanos...»

y más adelante se refiere al «poder coercitivo» que realizan.

En sentencia de 2 de julio del mismo año se dice en su primer considerando:

«Que el artículo 236 del Código Penal, regula y castiga los atentados contra los agentes de la Autoridad y los funcionarios públicos y *por extensión a aquellos particulares*, el Código dice personas, que acudieron en auxilio de la autoridad, los agentes y los funcionarios públicos...»

Así, pues, la protección penal se extiende a particulares que sin nombramiento alguno coadyuvan al ejercicio de las funciones que legítimamente sólo pueden ejercer la Autoridad, sus agentes y los funcionarios.

De nuevo otra sentencia se refiere a los requisitos del delito de atentado y las posibles diferencias entre funcionario y agente: (sentencia de 5 de octubre de 1974).

«Que para que concurra el delito de atentado... se precisa la coincidente concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º en cuanto al sujeto pasivo, pues el activo no ofrece peculiaridad alguna, que se trate de Autoridad, agente de la misma o funcionario público, siendo de destacar que, a la vista del artículo 119 del Código Penal, *entre funcionario y agente, no existe, ni teórica ni prácticamente, diferencia alguna, pudiéndose definir aquél como la persona que por disposición inmediata de la ley o por nombramiento de autoridad competente tiene por misión mantener el orden público y mantener la seguridad de las personas y de las propiedades*; 2.º que el di-

cho sujeto pasivo se halle en el ejercicio de sus funciones, o que el ataque se realice con ocasión de las mismas, es decir, in contemplatione officii.»

Hay, pues, una identificación a efectos penales entre los agentes de la autoridad, en sus diversas formas y regímenes jurídicos, y los funcionarios públicos. Sin embargo, no se llega a una paralela identificación entre funcionario y autoridad; se trata de cualidades que se superponen, pero existe un plus que es necesario recibir por vía legal o jurisprudencial para ser considerado autoridad.

Cuestión importante en el análisis del concepto de Autoridad es la referente a la determinación de cuáles sean los rasgos externos que permitan saber a los particulares cuándo están ante una persona que ostenta tal carácter. Veamos, al respecto, lo que establece la sentencia de 14 de octubre de 1974:

«Que si el conocimiento del carácter del sujeto pasivo resulta indispensable para que el atentado delictual se perfeccione o consuma, no resulta preciso para ello que la autoridad o agente ostente uniforme o señal distintiva, propia de su investidura funcional, ya que bastará que el sujeto activo sepa, por cualquier medio, que poseen tal condición y la rechacen violentamente, pues tales atributos, únicamente tratan de demostrar que la persona que los exhibe se encuentra investida de las facultades correspondientes, evidenciando o poniendo de relieve tal condición personal, porque de existir, la noticia de la titularidad en aquél, se hace irrelevante a efectos penales la utilización concreta del uniforme o señal distintiva aludidas...»

La misma sentencia en su quinto considerando nos dice:

«Que el ejercicio de la función atribuida al cargo de la Autoridad o al agente, supone tanto como que tomen acuerdos o efectúen actos, comprendidos en el orden de las facultades que posea según su misión funcional, con la debida asunción de propia competencia y respeto a la legalidad, pues deben actuar dentro del ejercicio jurídico lícito del poder coercitivo, y de imperio que les corresponde, que es el que les otorga investidura y carácter, amparándose en tal caso incluso contra las meras extralimitaciones del ejercicio de la función, por arrancar de acto legítimo; debiendo de entenderse que obran en el ejercicio de sus funciones, siempre que resulten competentes para efectuar el acto de que se trate, y aunque actúen fuera de la misión de servicio, por

no corresponderle su desempeño en el momento concreto, si requeridos por una alteración del orden público, deciden actuar como tal autoridad o agente, porque esta exigencia, les otorga competencias, el suponer una emergencia necesitada de la actuación, y les inviste de su carácter, ya que sirven al servicio, que es un bien trascendente, que priva sobre cualquier distribución de actividades, al proteger al orden público y a la paz, hallándose realmente siempre de servicio en defensa de tales intereses, salvo expresa disposición en contrario.»

Es decir, el ordenamiento jurídico de las competencias cede ante la existencia de una emergencia que ponga en peligro la paz social o el orden público, ya que es esa emergencia la que habilita para actuar aún fuera de la misión de servicio. Se confirma de nuevo uno de los rasgos de la función de autoridad: su carácter permanente. Permanencia en la función que surge de la imposibilidad de que la norma que habilita para el ejercicio de esas funciones prevea cuándo ha de darse el supuesto de hecho o emergencia que exija la actuación de la Autoridad o sus agentes.

La función de autoridad se ejerce con carácter originario o derivado, como establece la sentencia de 9 de diciembre de 1974:

«... en cuanto son titulares de un órgano unipersonal o colegiado, que les confiere autoridad en la específica misión encomendada, o en cuanto sirven a la potestad de mando como agentes o funcionarios de la misma.»

En sentencia de 30 de abril del mismo año se insiste en la función permanente que desarrollan la Autoridad y sus agentes:

«... cuando ejercía las funciones propias de su cargo, sin ser obstáculo a tal estimación la situación de vacaciones o licencia en que el inspector se hallaba, puesto que considerados los funcionarios de la Policía gubernativa en servicio permanente por lo establecido en el artículo 3.º, párrafo 2.º, del Reglamento orgánico de 25 de noviembre de 1930, y estando facultados y en el deber de intervenir como tales funcionarios cuando las circunstancias lo requieran, ya se hallen con permiso o no, según la citada prescripción y la sentencia de 23 de junio de 1970...»

Otra de 12 de junio del mismo año insiste:

«... que los agentes de la autoridad uniformados están siempre de servicio y vienen obligados a intervenir cuando fuese procedente...»

Con fecha 18 de febrero de 1975 otra sentencia insiste en que no hay diferencia «práctica ni teórica» entre funcionario y agente.

En el tercer considerando de la sentencia de 24 de abril de 1975 y sobre el ejercicio de funciones de un agente de la Autoridad se dice:

«...Que todo agente de la Autoridad obra dentro de su cometido, cuando realice los actos propios del mismo, y vista el uniforme propio de su cargo, sin que dificulte dicho carácter, que su quehacer legal lo realice a *instancia de particulares*, pues al igual que cuando actúa de oficio, obra legítimamente dentro del círculo de sus atribuciones, y *resulta irrelevante la causa remota de su quehacer legítimo.*»

La misma sentencia, en su cuarto considerando, apartado b), nos dice:

«Que los policías municipales son agentes de la Autoridad, indudablemente, y están encargados de velar por el orden público, como sucedía en el caso de autos, y *se hallaban en el ejercicio de las mismas, como en general lo están, siempre que actúen de uniforme —o de paisano, dándose a conocer—* y realicen las peculiares de su cometido, *resultando irrelevante que la causa de su actuar no fuera de oficio, sino a instancia de tercera persona, pues esto último, no les hace perder su condición, que es la misma en uno y otro caso.*»

Por tanto, un agente de la Autoridad ejerce sus funciones como tal de oficio o a instancia del particular, que colaborando en el ejercicio de la función de autoridad requiere de la actuación de un agente de la Autoridad para mantener el orden público o impedir su previsible alteración. En este caso no hay pérdida de la condición de Autoridad.

En sentencia de 28 de octubre de 1975 se repite de nuevo la serie de requisitos necesarios para configurar el delito de atentado:

«... 2.º) que el sujeto pasivo sea una autoridad, un funcionario público, un agente de la Autoridad, o *cualquier persona que acuda en auxilio de alguno de ellos*, aplicándose a los dos primeros la conocida definición del artículo 119 del Código Penal y entendiéndose por agentes las personas que, por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de Autoridad competente, tiene por misión primordial mantener el orden público y proteger la seguridad de las personas y de las propiedades; 3.º

que dichos Autoridad, funcionarios o agentes se hallen en el ejercicio de sus funciones —"durante oficio"—, es decir, actuando oficialmente y dentro de su cometido específico o que la conducta antijurídica de que son sujetos pasivos se realice con ocasión de esas funciones, esto es, *in contemplationes officii...*»

Otra sentencia, de 18 de diciembre del mismo año, señala en su segundo considerando:

«Que constituyendo la *ratio legis* del delito de atentado, tipificado, aunque no definido, en el número 2 del artículo 231 del Código Penal, la especial protección dispensada legalmente a determinadas personas, *en cuanto son titulares de un órgano unipersonal o colegiado, que les confiere autoridad* en la específica función encomendada, o en cuanto sirven a la potestad de mando como agentes de la misma, o en cuanto son funcionarios públicos..., que la acción determinante del mismo se lleve a cabo cuando la Autoridad, sus agentes o funcionarios ofendidos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya que la incriminación se determina en consideración a la función asumida por el sujeto pasivo.»

Veamos cómo la sentencia de 3 de julio de 1975 entiende la dimensión temporal del ejercicio de funciones:

«2.º Que tales manifestaciones de aversión tengan como destinatario real y efectivo un Ministro o una Autoridad *bien por sí bien por delegación*, como representante de esa cualidad pública. 3.º Que los sujetos pasivos u ofendidos por el delito se encuentren en el ejercicio de sus funciones, o se les dirijan las injurias, calumnias, insultos o amenazas con ocasión de ellas; la frase "con ocasión de ellas" del Código debe entenderse, en el sentido de con motivo de ellas, que las funciones que encarnen, sean la causa de tales manifestaciones ofensivas o agresivas que tengan relación con la función que ejercen, y si son jueces, en relación con su función jurisdiccional o pacificadora según su categoría. *No siendo, por tanto, preciso que se manifiesten mientras que las ejerzan, siendo suficiente que se relacionen con ellas, aunque en el momento de producirse no se encuentren material ni actualmente ejercitándolas, bastando que la causa de la agresividad del sujeto sea la ocasión del ejercicio de las funciones*»,

y continúa:

«Avala tal interpretación, sobre ser la literal, y natural del Código, sus mismas expresiones: en escrito que les dirijan, puesto que al recibir el mismo la Autoridad estando en funciones, no lo estará ejercitándose en el mismo asunto y circunstancia que las que provocan el desacato injurioso o amenazador.»

En sentencia de 16 de enero de 1976 sobre desacato a Decano de Facultad Universitaria se establece en el apartado b) de su segundo considerando:

«... porque la circunstancia de que el Decano se hallaba en el ejercicio de las funciones propias de su cargo cuando le fueron dirigidas las amenazas que se relatan en la sentencia recurrida, resulta puesta de relieve en el relato histórico de la propia sentencia, en forma tal, que hace innecesario cualquier otro razonamiento, pues del mismo resulta que el Decano se hallaba en su despacho oficial dentro de la Facultad y que las referidas amenazas fueron proferidas, precisamente, inmediatamente después de comunicar a los procesados la resolución que había adoptado en el cumplimiento de los deberes propios de su cargo, aunque cumpliendo órdenes de la superioridad, pues es obvio: que la actuación de cualquier autoridad, agente o funcionario, se halla enmarcada dentro de la órbita de las funciones propias del cargo, tanto si se debe al cumplimiento de las atribuciones que normativamente le hayan sido atribuidas, como si es consecuencia del cumplimiento de órdenes recibidas de sus superiores, de obligado acatamiento.»

En sentencia de 3 de febrero de 1976 se vuelve a insistir en el carácter permanente de las funciones que ejercen los agentes de la Autoridad:

«... con lo cual todo ellos tuvieron conocimiento de su condición de agente de la Autoridad y como tal en el ejercicio de una de las funciones de carácter permanente, que les están encomendadas de mantener la seguridad y orden público...»

Sin embargo, en otra sentencia de 14 de febrero de 1976, establece lo siguiente, respecto al juego en un homicidio, de la eximente de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho:

«... tiene declarado repetidamente la doctrina de esta Sala, que para la apreciación de la circunstancia de

obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo aun en el grado de incompleta, es absolutamente necesario exista la *legalidad de la acción*, lo que en modo alguno concurre en el supuesto contemplado, el procesado agente de la Policía Municipal de Sevilla, se encontraba durmiendo en su domicilio y, por consiguiente, fuera del ejercicio de las funciones propias de su cargo y al oír el sonido del dispositivo de alarma antirrobo instalado en su automóvil, estacionado en la puerta de su casa, conociendo la serie de hurtos de automóviles que se venían cometiendo por aquellas fechas en la capital, se asomó a la ventana cogiendo una pistola de su propiedad que únicamente podía utilizar en actos de servicio, viendo a dos individuos que manipulaban en el vehículo, efectuando dos disparos para amedrentarles, lo que consiguió, huyendo los sujetos y detrás el procesado sin vestir de uniforme con sus familiares en persecución de los individuos para detenerlos, *obrando, en la creencia errónea, de que cumplía con su deber*, y al llegar a la calle de la Estrella de la Mañana vio a dos individuos de características similares a los que trataron de sustraerle el automóvil, que resultaron ser dos inspectores de Policía de servicio y sin identificarse ni unos ni otros, se cambiaron una serie de disparos con la pistola, empezando uno de los inspectores en dirección no concretada, respondiendo inmediatamente el procesado, sin apearse del coche, realizando dos disparos con la mano izquierda, apuntando al cuerpo con el arma, alcanzando en uno de ellos al inspector, hiriéndole en el antebrazo derecho que le atravesó de atrás adelante y de arriba abajo; demostrando todo ello la imposibilidad de aplicar la atenuante apreciada, *ni se encontraba de servicio, ni vestía el uniforme propio de su cargo y como el mismo exige, para que legítimamente se ejercitase actuar dentro de los deberes reglamentarios, haciendo incluso la persecución acompañado de sus familiares, en definitiva, sin cumplir las prescripciones legales, por lo que procede acoger el motivo, casando la sentencia recurrida que se anula...*»

En el considerando de segunda sentencia se añade:

«...; pues fue tal el cúmulo de circunstancias concurrentes en el hecho, los frecuentes robos de automóviles que por aquellas fechas venían cometiéndose en Sevilla,

la modesta condición del actor al que se le querían llevar el automóvil adquirido a fuerza de ahorro, *la creencia equivocada y errónea*, dado no tener una cultura elevada *de poder actuar como agente Municipal en cualquier momento...*»

En esta sentencia se rompe el criterio vertido en otras anteriores según el cual la Autoridad y sus agentes se encuentran en servicio permanente.

En otra sentencia, de 9 de abril de 1976, se manifiesta la necesidad de intervención de un agente sin uniforme para mantener la paz pública (tercer considerando):

«... un policía armado que se hallaba con su esposa; intervino legítimamente, para evitar la inminente riña, que podía tener graves consecuencias, a pesar de hallarse vestido de paisano y no prestar servicio oficial en aquel momento, identificándose como tal Policía, exhibiendo su carné profesional a los procesados..., ya que el Policía se dio a conocer exhibiendo su carné profesional, y podía hacerlo y debía actuar, aun sin vestir el uniforme, porque la necesidad de la paz pública exigía su intervención...»

Con fecha de 2 de junio del mismo año, una sentencia insiste en la posibilidad de que los agentes de la Autoridad puedan ejercer sus funciones sin llevar el uniforme:

«... es indispensable atenerse al hecho probado de la sentencia de instancia, que declara de forma tajante, estar autorizados los Guardias Forestales para realizar sus funciones sin llevar el uniforme reglamentario...»

En sentencia de 19 de noviembre de 1976 y refiriéndose al Cuerpo General de Policía, establece:

«... los miembros del Cuerpo General de Policía, con arreglo a la normativa que los rige, están de servicio permanente, en cuanto su actuación sea requerida por las circunstancias...»

Con fecha de 4 de abril de 1977 una sentencia sobre desacato se refiere a lo que debe entenderse por «ejercicio de funciones o con ocasión de ellas»:

«... que el delito se comete igual encontrándose el agraviado en su oficina o fuera de ella, siempre que sea por razón de su cargo, por tratarse, en definitiva, de protegerlo...»

Otra, de 20 de junio del mismo año, se refiere no al aspecto espacial del ejercicio de funciones, sino al cronológico:

«... el ofendido, en el momento de ser acometido por el procesado no se hallaba en el ejercicio del cargo, mas al razonar así olvida el recurrente que *la tutela penal dispensada en dicho artículo se prolonga más allá del ejercicio del cargo* en cuanto que se extiende también a aquellos supuestos en los que el ataque haya tenido por causa la contemplación de la función de la víctima o se haya realizado con ocasión de la misma, circunstancia que aparece clarísimamente reflejada en el relato fáctico de la sentencia...»

En esta sentencia se reitera la doctrina jurisprudencial por la que se crea la ficción de una ampliación temporal del ejercicio del cargo, ficción para proteger penalmente a la Autoridad, agente o funcionario, pero que fuera de esta finalidad no puede ser extendida al campo jurídico administrativo, en el que lo que prima es el ejercicio legal y reglamentario de una función que, además, lo sea sin extralimitación o abuso de su ejercicio, siendo esto último constatable en vía jurisdiccional penal. En el supuesto de existir tal extralimitación de funciones las consecuencias sí afectan a ambos sistemas jurisdiccionales; en el penal la protección surge por el ejercicio de funciones legalmente y sin extralimitación, si no se dan estos requisitos decae la cualidad jurídico-pública de autoridad. En el ámbito jurídico administrativo el equivalente de la extralimitación de funciones o abuso de las mismas es la desviación de poder cuyas consecuencias son diferentes a las del ámbito penal (arts. 83, 2, LJCA y 40 y 48 LPA).

En sentencia de 21 de enero de 1978 sobre desacato se dice, respecto al ejercicio de la función de Autoridad:

«... que la Autoridad que se supone desacatada ha de estar en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas y que es incompatible decir que una autoridad está en el ejercicio de sus funciones y afirmar que era una reunión informal en la que los interesados se tutean...»

y en otro párrafo del mismo considerando continúa:

«... agotándose así una actuación totalmente carente del respeto debido a la función pública y al principio de autoridad que ha de mantenerse para el correcto orden social por ser la manifestación y encarnación del necesario ejercicio del poder estatal...»

En sentencia de 9 de mayo del mismo año la jurisprudencia remite al artículo 119 del Código Penal para hallar el concepto de Autoridad:

«...1.º En cuanto al sujeto pasivo ha de tratarse de un Ministro o Auoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. *La doctrina jurisprudencial ha declarado que para hallar el concepto de Autoridad, se ha de estar a lo dispuesto en el artículo 119 del Código Penal, teniendo autoridad propia o delegada.*» Sentencias de 21 de octubre de 1972, 25 de octubre de 1974 y 3 de julio de 1975.»

Con fecha 2 de junio del mismo año, una sentencia establece:

«Que el delito de atentado definido en el número 2 del artículo 231 del Código Penal, propende, como otros similares, a conceder una especial protección punitiva a quienes siendo autoridades, agentes de la misma o funcionarios públicos *encarnan y representan el principio de Autoridad emanado del impérium característico de los poderes públicos*; y que, por ello, merecen acatamiento y respeto, los cuales no siempre se les tributan, *pues debiendo imponer el imperio de la ley y el cumplimiento de las normas, muchas veces de modo coercitivo, su actuación y decisiones, al lesionar intereses de los administrados* o siendo éstos refractarios a todo orden y a cualquier tipo de disciplina social, no son siempre bien recibidas, concitando y despertando, a veces, dichas autoridades o funcionarios animadversión o rencor. y siendo, en ocasiones, agredidos o vilipendiados no ya por sus condiciones o cualidades personales y extraoficiales sino porque, como ya se ha dicho, en el ejercicio de las funciones de su cargo, o decidieron dentro de la más estricta observancia de las leyes, de modo desfavorable a los intereses del futuro sujeto activo o se han opuesto a que éste obrará a su antojo y de modo antisocial o contrario a Derecho...»

En fecha de 29 de marzo de 1979 el Tribunal Supremo manifiesta en sentencia (casación, considerando de la primera sentencia):

«..., resulta legalmente obvio, *que aunque el ofendido era autoridad en el territorio de Olvera*, en el que se hallaba, incluido Algodonales, el acto atribuido como móvil de la agresión al ofendido, *no se hallaba dentro de su función*, ni había sido realizado con ocasión de la

misma, puesto que ni la citación, ni el acto de extender la diligencia correspondiente pertenecían a la esfera de su cometido, ni la ayuda o inspiración que se dice prestada al agente,—aunque hubiera tenido lugar—, lo que no aparece demostrado, no le convertiría sin más en agente de la Autoridad, sino que solamente representaría la colaboración de un particular en el hecho de autos, del que quedaría excluida no sólo la condición de funcionario o autoridad del ofendido, ya que el Derecho penal sólo protege específicamente a las personas en cuanto encarnan por su función, la Autoridad del Estado, en el momento de ser atacadas, o lo son como consecuencia de tal desempeño, con lo que su falta convertiría al sujeto pasivo en inidóneo; sino la característica de concreción típica de hallarse el ofendido en el ejercicio de sus funciones o haber surgido el acometimiento con ocasión del cumplimiento de ellas, ausencia de requisitos que impone la calificación de tal conducta como un delito putativo por error de hecho...»

Y continúa el Tribunal Supremo en el considerando de la segunda sentencia:

«Que la circunstancia de que el acometimiento del procesado a su víctima fuera realizado bajo la errónea creencia de que éste como secretario del Juzgado de Paz que se cita, había perjudicado a un hijo suyo haciendo constar en una diligencia de citación efectuada por el agente Judicial que había desaparecido de su domicilio, no puede dar lugar a una calificación de la conducta como un delito de atentado del número 2.º del artículo 231 del Código Penal, por falta de sujeto pasivo idóneo y de la característica de concreción exigida en el tipo, de que el acto que haya motivado el acometimiento hubiera sido realizado dentro del ámbito de sus funciones por el ofendido, ya que como consta de autos, ni el acometido era secretario del Juzgado de Paz citado, ni aunque lo fuese la función de extender una diligencia correspondería al ámbito de su competencia sino a la del agente Judicial, ni el hecho, por otra parte no probado, de asesorar o colaborar a extender dicha cédula, podían conferirle tal calidad, pues no constituyen este delito las conductas en las que el funcionario o autoridad obra careciendo de competencia para realizar el acto que provocó el acometimiento en el atentado o la injuria en el desacato, ya que entonces su actuación debe ser considerada como la de un simple particular, por no ostentar la con-

dición de autoridad, es decir, de órgano del Estado que es lo que quiere proteger el legislador al crear dicha figura delictiva...»

Por tanto, un acto dictado por órgano manifiestamente incompetente, implica además de las consecuencias jurídico-administrativas, la pérdida de la cualidad jurídica de autoridad del titular del órgano que lo dicta; además, la colaboración del particular en estas funciones no le atribuyen esta cualidad ni la de funcionario. Es decir, sólo se es autoridad en ejercicio cuando se desarrollan las funciones que legalmente han sido atribuidas y sólo ellas.

En otra sentencia de 6 de junio del mismo año se dice:

«...De esta constatación se deduce, teniendo en cuenta que L. es una pequeña villa donde sus convecinos prácticamente se conocen todos, y donde el secretario municipal es también de todos conocido, y que el agente tenía asuntos, precisamente en el Ayuntamiento, y que acudió a pedir explicaciones a la puerta del Ayuntamiento a la salida de sus funcionarios y, concretamente, al secretario de la Corporación en su calidad de tal, que al contestarle acertadamente que él no era Autoridad Municipal y no podía dar explicaciones sobre la actuación de aquella...»

En sentencia de 26 de octubre del mismo año una sentencia manifiesta lo siguiente:

«... que la cuestión que se somete al estudio y resolución de esta Sala, es única, aunque se presente a doble vertiente, cual es la de la condición jurídica de autoridad o de funcionario público que proceda atribuir, a efectos penales, a los inspectores de Trabajo, pues según se les reconozca uno u otro carácter, habrá de concluir en el sentido de que procede estimar acertada la calificación que de los hechos procesales hizo el Tribunal de Instancia o, por el contrario, que incurrió en el error iuris denunciado por el recurrente.»

Y continúa en el segundo considerando:

«Que, a diferencia de lo que ocurre con otros preceptos incompletos o en blanco, para llenar los cuales es preciso acudir a conceptos o definiciones contenidas en otras ramas del Derecho, para integrar el delito de atentado previsto en los artículos 231, 232 y 236 del CP, no es preciso salir del ámbito del propio CP, ya que en su artículo 119 contiene una clara, expresa y terminante definición de lo que ha de entenderse por autoridad y

por funcionario público, a efectos penales; por ello, aun cuando una persona se halle investida de la condición de Autoridad, a otros efectos, por venir así dispuesto en normas pertenecientes a una de las diferentes disciplinas de las que integran el ordenamiento jurídico, no puede atribuirse tal condición, a efectos penales, si no la tiene conforme a lo preceptuado en el mentado artículo 119 del CP que, como todo precepto de esta naturaleza, no puede ser objeto de interpretación extensiva ni análogica.»

En el tercer considerando establece:

«Que en aplicación, al caso de autos, de la doctrina anteriormente expuesta, forzosamente se ha de declarar que no obstante la importancia de su función y el carácter de Autoridad que a los Inspectores de Trabajo les viene atribuida por su legislación orgánica no tienen la condición de Autoridad a efectos penales y si solamente la de funcionario público, en cuanto que carecen del derecho de supremacía o imperio erga subditos a que se refiere el artículo 119 del CP, al no tener jurisdicción propia por sí, ni como individuo de una Corporación o Tribunal, como así lo ha reconocido ya esta Sala, en un caso absolutamente similar al presente en sentencia de 15 de octubre de 1966, por lo que al haber penado la Sala de instancia el delito objeto de enjuiciamiento y del que fue víctima el recurrente, con la pena señalada en el artículo 236 del CP, para los atentados cometidos contra los agentes de la Autoridad y los funcionarios públicos y no con la pena señalada en el artículo 232 para los atentados cualificados que en él se sancionan y que lo son, bien por la exclusiva condición de autoridad de la persona ofendida, o bien por la conjunción de la cualidad del sujeto pasivo en conexión con los medios comisivos a que se alude en los tres números del artículo, no cometió el error de Derecho que se denuncia a través de los dos primeros motivos del recurso que, por ello, deben ser desestimados.»

En esta sentencia se establece que la condición de Autoridad derivada de una habilitación legal en otros ordenamientos jurídicos puede no ser reconocida en el ámbito penal, que utiliza a estos efectos su propio concepto surgido del artículo 119 del Código Penal. Este concepto exige como requisitos establecidos por vía jurisprudencial que se ostente «derecho de supremacía» o imperio *erga subditos*.

En otra sentencia de 29 de octubre del mismo año se establece:

«...: 1.º Que sujeto pasivo de esta infracción lo pueden ser la *Autoridad* —entendiendo por tal a las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo 119 del Código Penal—, los funcionarios públicos —cuyo concepto se encuentra en el párrafo 3.º del precepto que se acaba de citar— o los *agentes de la Autoridad*; es decir, aquellas personas que por nombramiento de *Autoridad competente* o por disposición inmediata de la Ley, tienen como misión la de mantener el orden público, proteger la seguridad de las personas y de las propiedades, y cumplir y hacer cumplir los mandatos emanados de las autoridades competentes, ejecutando sus órdenes, decisiones o decretos; 2.º Que es indispensable que dicho sujeto pasivo se halle en el *ejercicio legítimo* de sus funciones, o que, el acometimiento, fuerza o intimidación o resistencia, que constituyen la dinámica comisiva del delito estudiado, se perpetren en contemplación a dichas funciones...»;

En el primer considerando de la sentencia de 29 de octubre de 1979 se establece:

«Que como esta Sala tiene declarado, el delito tipificado en el artículo 245 del Código Penal ampara y protege el principio de *Autoridad* y su prestigio, contra los ataques de los particulares, que se hallen sometidos al *imperio legítimo* y no gravemente extralimitado, de la adecuación de los funcionarios públicos o de los agentes de la *Autoridad*, como personas que ejerzan funciones públicas, con misión o trabajo importante por su significación y finalidad social, que por ello necesitan de la protección...»

Finalmente, y para cerrar el repertorio jurisprudencial, se hará referencia a dos sentencias de 1980 sobre *Atentado* y *Desacato*; teniendo en cuenta la limitación de que hasta la terminación del presente trabajo sólo ha sido posible consultar la *Jurisprudencia* publicada hasta el 31 de marzo de 1980.

La primera de las sentencias de fecha 11 de marzo incide sobre los requisitos objetivos del delito de *Atentado*:

«... de lo que se desprende que el tipo penal exija como elemento básico del delito que la agresión que se realice a los agentes acometidos y ofendidos, cuando se encuentren ejercitando la función encomendada, o en todo caso con ocasión de la misma, toda vez que la in-

crimación se genera en consideración al cargo y misión asumida por el sujeto pasivo, al ser esta última y no la consideración de la persona particular agredida lo que motiva o impulsa la conducta de ataque del inculgado, pudiéndose sintetizar como elemento necesario del delito previsto en el artículo 236 citado, *que el agente de la Autoridad se halle en el ejercicio de su empleo al producirse el acto antijurídico...*»

Con fecha de 25 de marzo de este año una sentencia sobre Desacato establece en su primer considerando:

«Que la figura delictiva que contempla, en su párrafo 1.º, el artículo 240 del Código Penal, exige, según resulta expresamente de su texto y confirma la constante jurisprudencia de esta Sala, como uno de sus requisitos esenciales, que el sujeto pasivo del delito, Ministro o Autoridad, reciban la calumnia, injuria, insulto o amenaza, de hecho o de palabra, "en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas", requisito éste tan esencial que es el fundamento y razón de ser del delito de desacato, pues la protección penal que a través de este precepto se dispensa a la autoridad no dimana de un privilegio de tipo personal, sino que va encaminado a asegurar el principio de autoridad y la dignidad de la función que desempeñan, que son los bienes jurídicos protegidos por el precepto penal; tampoco el desacato es una ofensa contra el honor o libertad, cualificada por la condición del sujeto pasivo, sino que va dirigido directamente contra la autoridad, o sus agentes, en cuanto órganos del Estado; de ahí —como dijo el fiscal en su informe— su autonomía como *delicta sui generis*.»

CONCLUSIONES

Resumir cuál sea en línea generales el concepto de autoridad surgido de la legislación y jurisprudencia penal presenta enormes dificultades que se patentizan a poco que se haya seguido la evolución jurisprudencial que antecede:

Sin embargo, y en un esfuerzo de síntesis, podríamos apuntar las siguientes conclusiones:

1.ª El concepto de autoridad que utiliza el Código Penal es un concepto cerrado y sólo aplicable en el marco de la jurisdicción penal. A su vez la condición de autoridad atribuida por otra vía que la del Código Penal no es de recibo en esta jurisdicción. (Sentencia de 26 de octubre de 1979.)

2.^a El concepto de autoridad que se positiviza en nuestra época codificadora surge de la Constitución de 1812, capítulo I del título IV, cuando se refiere a la inviolabilidad del Rey y de su autoridad. El artículo 170 del texto gaditano extiende la autoridad real «a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes».

3.^a El apoyo penal al desarrollo de las funciones administrativas tiene una larga tradición en nuestra cultura jurídica. El Ordenamiento de Alcalá recoge una serie de penas para los que atenten contra la integridad de una serie de cargos públicos.

4.^a En la determinación del concepto de autoridad como cualidad jurídico-pública, el Código Penal de 1822 recoge, antes que las normas jurídico-administrativas, dicho término, cualificando a una serie de personas y órganos de los tres poderes del Estado. No obstante, el concepto jurídico-positivo de autoridad no aparece hasta el Código Penal de 1870, artículo 277.

5.^a En la legislación penal se utilizan indistintamente fórmulas de enumeración específica de autoridades y fórmulas genéricas a través de conceptos que luego se concretan o no en vía jurisdiccional. Por tanto, para saber si se está o no ante una autoridad a efectos penales hay que estar a lo que se establezca legal y jurisprudencialmente.

6.^a Existe una doctrina jurisprudencial de larga tradición por la que se establece que la cualidad jurídico-pública de autoridad o agente de la misma se pierde cuando quien la ostenta legalmente la ejerce ilegítimamente o de forma desproporcionada.

Por ejercicio ilegítimo, de la función de autoridad entiende la jurisprudencia penal que es «obrar al margen de la ley» o «con notorio abuso de su cometido», ... «por no ser propio de un Estado de Derecho otorgar a persona alguna carácter autoritario, indeleble en plano de privilegio personal, siéndolo tan sólo de función y en tanto que ésta se lleve a cabo dentro del marco de la Ley». (Sentencias de 20 de mayo de 1927, 20 de abril de 1964 y 28 de diciembre de 1968.)

Por agresión «proporcionada» en el ejercicio de las funciones de autoridad, la jurisprudencia entiende que es: «hacer uso de la fuerza en los casos extremos de verse acometido o atropellado», o «cuando ello fuese absolutamente indispensable, por no disponer de ningún otro medio a su alcance, para hacerse respetar y obedecer, ya que en cualesquiera otros supuestos, el empleo de la violencia no viene comprendido en términos generales del cumplimiento del deber, puesto que las leyes y reglamentos ponen en sus manos otras medidas para mantener siempre firme el prestigio de la autoridad y la disciplina del cargo que ostentan». (Sentencias de 7 de noviembre de 1895, 23 de febrero de 1900, 19 de junio de 1905, 14 de junio de 1919, 17 de marzo de 1920, 25 de abril y 20 de octubre de 1927, 19 de marzo de 1934,

19 de junio de 1948, 12 de mayo de 1952, 30 de enero de 1961, 6 de mayo y 16 de mayo de 1972, etc.)

7.^a La jurisprudencia penal no percibe ninguna diferencia teórica o práctica entre funcionario y agente de la autoridad, y define a éste «como la persona que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de Autoridad competente tiene por misión mantener el orden público y mantener la seguridad de las personas y de las propiedades». (Sentencia de 5 de octubre de 1974.)

8.^a Por el contrario, la misma jurisprudencia sí percibe diferencias entre el *status* funcional y el de Autoridad a efectos penales. Una reciente sentencia de 26 de octubre de 1979 establece que: «... no obstante la importancia de su función y el carácter de autoridad que a los Inspectores de Trabajo les viene atribuida por su legislación orgánica, no tienen la condición de autoridad a efectos penales y si solamente la de funcionario público, en cuanto que carecen del derecho de supremacía o imperio *erga subditus* a que se refiere el artículo 119 del Código Penal, al no tener jurisdicción propia por sí ni como individuo de una Corporación o Tribunal». (En el mismo sentido las sentencias de 20 de diciembre de 1963, 28 de enero de 1970, 13 de noviembre de 1970 y otras citadas en este trabajo.)

9.^a Cabe perfilar a través de la jurisprudencia penal cuál sea para esta jurisdicción el origen y contenido de la función de autoridad: a) El origen del *status* de autoridad está en la Ley, en la titularidad de un órgano que lleve implícita tal cualidad y en el nombramiento por autoridad competente. Sin embargo, una sentencia de 20 de mayo de 1874 considera agentes de la autoridad a voluntarios que salen de patrulla ocasional con el alcalde pedáneo. De otra parte, la protección penal al ejercicio de las funciones de autoridad se extiende a particulares que sin nombramiento alguno coadyuvan al ejercicio de las funciones que legítimamente sólo pueden ejercer la autoridad y sus agentes, tal y como establece la sentencia de 2 de julio de 1974: «Que el artículo 236 del Código Penal regula y castiga los atentados contra los agentes de la autoridad y los funcionarios públicos y por extensión a aquellos particulares, el Código dice personas, que acudieron en auxilio de la autoridad, los agentes y los funcionarios públicos...» (en el mismo sentido la de 28 de octubre de 1975, entre otras).

De otra parte el *status* de autoridad se ostenta de modo originario («por sí», dice la jurisprudencia), o por delegación («como representante de esa cualidad pública»).

b) En cuanto al contenido de la función de autoridad a efectos penales cabe hacer las siguientes precisiones:

1.^a Frente al ciudadano, la persona que ostenta la cualidad jurídico-pública de autoridad goza de un «poder jurídico de supremacía o imperio *erga subditus*».

2.^a Frente a los funcionarios públicos, tiene la facultad de su nombramiento.

3.^a Sus funciones son de carácter permanente: «... las funciones de la autoridad y sus agentes son permanentes, y la prestación de un servicio lo mismo puede ser motivada por orden superior que por exigencias de circunstancias que se presentan en relación con su función propia». (Sentencias de 9 de mayo de 1959, 1 de julio de 1970, 1 de abril de 1971, 30 de junio de 1972, 6 de junio de 1973, 9 de abril de 1976 [en sentido contrario la de 14 de febrero de 1976], 19 de noviembre de 1976, etc.)

4.^a A los efectos de protección penal se produce la ficción de prolongar el supuesto de hecho de estar en el ejercicio del cargo aunque desde la perspectiva de la habilitación legal esta situación se haya extinguido ya en el tiempo «... protegiendo algo más que la sola función, es decir, amparando a la autoridad, agente o funcionario, contra los actos impulsores del atentado, si traen su causa del desempeño de la función misma, para eludir las venganzas que de otra manera se cometerían luego de su ejercicio del cargo, *porque entonces se sigue siendo funcionario en ficción atendible*, pues el móvil que lleva a la ofensa del principio de autoridad se deriva del desarrollo de la función tutelada.» (Sentencias de 20 de marzo de 1972, 20 de junio de 1977, etc.) Esta ficción que tiene la finalidad protectora del bien social del principio de autoridad ocasiona una ampliación por vía jurisdiccional del conjunto de derechos de la relación de servicios funcional, ya que, como establece la sentencia citada, tal protección se extiende también a los funcionarios.

J. FRANCISCO LÓPEZ-F. MÁRQUEZ

